Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat **Dr. Dr. Julius Magnus**, Berlin, Rechtsanwalt **Dr. Heinrich Dittenberger**, Leipzig
unter Mitwirkung von Rechtsanwalt **Dr. Dr. Max Hachenburg**, Mannheim.

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung**, Inh.: Oscar Brandstetter, **Leipzig C 1**, Dresdner Straße 11/13.
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673.

Die JW. erscheint wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 4.50; Einzelhefte kosten den halben Monatsbetrag. Für Studenten, Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdienst ist ein Vorzugspreis von monatlich M. 3.— festgesetzt; Auskunft hierüber erteilt der Verlag. — Der Bezug erfolgt am zweckmäßigsten durch die Post, doch nehmen auch die Buchhandlungen und der Verlag Bestellungen an. Beschwerden über mangelhafte Zustellung sind bei Postbezug ausschließlich bei der Post anzubringen.

Anzeigen die 6gespaltene Millimeterhöhe 21 Pf., für den Stellenmarkt 15 Pf., 1/1 Seite M. 300.—, 1/2 Seite M. 155.—, 1/4 Seite M. 80.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungsstrich zu Trennungsstrich gerechnet. Bei Zifferanzeigen kommen noch 60 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postscheckkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63673, erbeten.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Leipzig C 1, Nikischplatz 3, Zahlungen auf Postscheckkonto Leipzig 10102 zu richten.
Alle Sendungen für die Schriftleitung der JW. werden nach Berlin W 62, Maaßenstr. 27 erbeten.

Das Recht der Notverordnungen.

Die Notverordnung vom 6. Oktober 1931.

Die Vorschriften über Vereinfachungen und Ersparnisse auf dem Gebiete der Rechtspflege. Teil VI. Kap. 1.

Strafrechtspflege.

I. Vgl. Dörffler: JW. 1931, 2892.
II. Vgl. Held: JW. 1931, 3054.

III.

Die Einstellung von Privatklageverfahren.

Von Rechtsanwalt Robert Held, Starnberg.

I.

1. Von der Erhebung der Privatklage an bis zur Verkündung des Urt. zweiter Instanz kann das Gericht das Verfahren einstellen, wenn die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind; es hat dabei die in dem Verfahren entstandenen Auslagen sowie die dem Privatkl. erwachsenen notwendigen Auslagen zu verteilen oder dem Beschuldigten ganz aufzuerlegen. Diesem Abbau des gerichtlichen Ehrenschutzes im wesentlichen aus finanziellen Gründen (vgl. PrJMBl. Nr. 38)[1]) in einer Zeit, in der die Achtung vor der seelischen und körperlichen Integrität des Nächsten auf einem ungeahnten Tiefstand angelangt ist, hat die Anwaltschaft sofort die ernstesten Bedenken entgegengesetzt (vgl. Held: JW. 1931, 3054). Der Deutsche Anwaltverein hat auf die Gefahren aus der Einstellungsmöglichkeit in einer eingehend begründeten Eingabe an die Landesjustizverwaltungen hingewiesen und bestimmte Vorschläge gemacht, mit denen zwar der Mißbrauch des Privatklagerechts, aber auch der Mißbrauch der Einstellungsbefugnis hintangehalten werden könnte (vgl. AnwBl. 1931, 324); es wurde gebeten, den Gerichten zu empfehlen, den Privatkl. oder seinen Vertreter vor jeder Einstellung anzuhören, damit dieser in der Lage sei, sein besonderes Interesse an der Durchführung des Verfahrens darzulegen, und von der Einstellungsbefugnis überhaupt nur in geringstem Umfang Gebrauch zu machen, d. h. bei offensichtlich mißbräuchlicher Verfolgung des Verfahrens.

2. Die Landesjustizverwaltungen haben die Gefahren erkannt:

Das BayJustMin. (Bek. v. 9. Okt. 1931: Staatsanz. Nr. 234) hat ausgeführt: „... Daraus ergibt sich für den Richter die Pflicht, vor der Entsch. die einander gegenüberstehenden Interessen ganz besonders gewissenhaft zu prüfen und abzuwägen. Er wird aber von der Befugnis des § 7 stets Gebrauch machen, wenn auf Grund dieser Prüfung die Anrufung des Gerichts als ein Mißbrauch anzusehen ist oder nach den Umständen des Falles ein Bedürfnis für eine Entsch. durch richterliches Urt. nicht besteht. Bei der Entsch. über die Kostenfrage nach § 7 Abs. 2 wird er sich im wesentlichen von Billigkeitserwägungen leiten lassen."

Das SächsJustMin. (UmdruckVO. v. 21. Okt. 1931) hat den Gerichten ebenfalls zur Pflicht gemacht, „vor der Entsch. die einander gegenüberstehenden Interessen ganz besonders gewissenhaft zu prüfen und abzuwägen". Es hat dem Deutschen Anwaltverein auf seine Eingabe erwidert, daß „im allgemeinen darauf vertraut werden könne, daß es der Rechtsprechung gelingen werde, vernünftige Grenzen für die Anwendung des § 7 zu finden, die sowohl dem Zweck der Vorschrift (‚Der Überflutung der Gerichte mit geringfügigen, überflüssigen Privatklagen Einhalt zu bieten'), als auch den Bedürfnissen des rechtsuchenden Publikums gerecht werden".

Das ThürJustMin. hat auf die Eingabe des Deutschen Anwaltvereins hin am 21. Dez. 1931 eine Rundverfügung erlassen, in der es heißt: „... Wohl aber wird es sich, wenn die Sache nach Lage des Falles nicht ohne weiteres klar zu übersehen ist, empfehlen, vor der Einstellung den Privatkl. oder dessen Vertreter anzuhören, damit dieser in der Lage ist, sein besonderes Interesse an der Durchführung des Verfahrens darzulegen. Auf diese Weise wird man späteren Angriffen gegen die Einstellung am besten vorbeugen. Aber auch die Grundlage für die Entsch., ob ein-

[1]) Vgl. auch Schiffer, Die deutsche Justiz S. 227; Nöldeke: MSchrKrimPsych., 23. Jahrg. S. 19.

zustellen ist, wird sicherer, und den Gerichten wird so die Verantwortung erleichtert."

Schließlich hat der Präses der Hamburgischen Landesjustizverwaltung in einem Schreiben vom 22. Okt. 1931 die Gerichtspräsidenten darauf hingewiesen, „daß in Privatklagesachen eine unnötige Verbitterung der Parteien durch Einstellung vermieden werden müsse und daß es sich daher empfehle, vor Einstellung des Verfahrens in der Regel eine Schlichtung des Streits durch Vergleich zu versuchen; damit werde ja eine Anhörung der Parteien immer verbunden sein".

3. Knör: JW. 1931, 3535 behandelt ausgezeichnet, aus der Erfahrung des Privatklagerichters schöpfend, die zahlreichen mit der Einstellungsbefugnis der NotVO. zusammenhängenden Rechtsfragen und schreibt dabei: „Der Richter wird die Ausnahmebestimmungen des § 7 auch nur ausnahmsweise anwenden; er wird im Zweifel ablehnen, den Täter zu schützen und den Verletzten auf das Faustrecht zu verweisen." Geringe Schuld und unbedeutende Tatfolgen erachtet er dann für gegeben, wenn sie wesentlich, in besonderem Maße unter der durchschnittlichen Schuld und den durchschnittlichen Folgen gleichartiger Delikte liegen." Wegen der kosten- und gebührenrechtlichen Seite der Einstellung sei auf Dörffler: JW. 1932, 68 verwiesen, der — im Gegensatz zu LG. II Berlin: JW. 1932, 68; Hettner: DRZ. 1931, 367 — mit Recht[2]) die Beschränkung der Beschwerde gegen den Einstellungsbeschluß auf die Kostenentscheidung für zulässig erachtet, ferner wegen der Anwaltsgebühr für die sofortige Beschwerde auf Cohen: AnwBl. 1931, 356.

4. Der Beschluß des Kammergerichts v. 7. Nov. 1931, 4 W 397/31 macht folgende, für die rechtliche Auslegung und praktische Handhabung des § 7 NotVO., wichtige und grundlegende Ausführungen:

Der Senat nimmt Veranlassung, auf die folgenden Gesichtspunkte von grundsätzlicher Bedeutung hinzuweisen.

I. . . .

II. Bei der Prüfung der Frage, ob ein Privatklageverfahren auf Grund der NotVO. einzustellen ist, hat das Gericht die gesetzliche Zulässigkeit der Einstellung auf Grund der Sondervorschrift der NotVO. und die Angemessenheit einer solchen nicht ohne weiteres vorgeschriebenen, sondern in das pflichtmäßige Ermessen des Richters gestellten Einstellung nach Lage des besonderen Falles zu erörtern.

Die NotVO. hat die Zustimmung des Privatkl. zur Einstellung nicht erfordert, seine Anhörung nach § 385 StPO. ist aber von der NotVO. selbstverständlich nicht berührt worden.

Es ist daher nicht nur regelmäßig zweckmäßig (Held: JW. 1931, 3053 ff.), sondern unter Umständen geradezu geboten, den Privatkl. vor der Einstellung besonders zu hören.

Auch der Beschuldigte kann mit Kosten auf Grund der NotVO. nur belastet werden, nachdem ihm den Grundsätzen des Verfahrensrechts entsprechend das rechtliche Gehör gewährt worden ist (vgl. auch §§ 382, 383 StPO.).

§ 385 StPO., der nur die Anhörung des Privatkl. vorschreibt, steht der Anhörung des Beschuldigten nicht entgegen. Denn diese Vorschrift ist dem im Verfahren auf erhobene öffentliche Klage nachgebildet. Dort können den Beschuldigten vor Erhebung der öffentlichen Klage aber keine Kosten treffen (§ 465 Abs. 1 StPO.). Nach Erhebung der öffentlichen Klage gilt § 467 Abs. 1 StPO. (schuldbare Versäumnis).

III. Ehe der Richter prüfen kann, ob die besonderen Voraussetzungen für eine Einstellung des Privatklageverfahrens gemäß der NotVO. gegeben sind, hat er festzustellen, ob auf diese Klage ein auf Strafe lautendes Urteil wegen eines im Privatklageverfahren erfolgbaren Deliktes überhaupt ergehen kann (§ 61 StGB.; §§ 203, 260 Abs. 2, 374, 383, 389 StPO.). Fehlt ein gehöriger Strafantrag, so kommt eine Einstellung gemäß der NotVO. nicht in Frage. Dies ist besonders für die Kostenentscheidung von Bedeutung (§ 471 Abs. 3 StPO., § 7 Abs. 2 Kap. 1 Teil VI NotVO.).

Ist Berufung eingelegt worden, so ist deren Zulässigkeit zu prüfen (§ 7 Abs. 1 S. 1 Kap. 1 Teil VI NotVO.).

IV. Das Gericht kann das Verfahren „von Erhebung der Privatkl. an" einstellen. Die NotVO. erlaubt die Einstellung nicht schlechthin „auf die Privatklage".

Der Inhalt der Privatklage kann das Bagatellmäßige der Handlung allerdings so offensichtlich hervortreten lassen, daß der Richter die Anrufung des Gerichts in dieser Notzeit für einen solchen Mißbrauch erachtet, daß er das Verfahren gemäß der NotVO. unbedingt einstellen will, und zwar — der Regel des § 471 Abs. 3 StPO. folgend — auf Kosten des Privatkl.

Dann erübrigen sich selbstverständlich weitere Erörterungen.

Anders liegt aber der Fall, wenn der Richter umgekehrt eine Belastung des Beschuldigten mit Auslagen gemäß der Sondervorschrift des § 7 Abs. 2 Kap. 1 Teil VI NotVO. in Erwägung zieht. Dann muß er weitere Erörterungen pflegen.

Legt ihm der StA. seine Akten zwecks Erteilung der Zustimmung nach § 153 Abs. 2 StPO. vor, so findet der Richter die erforderlichen Unterlagen für die Beurteilung der maßgebenden Fragen in den Akten. Denn wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für die Bejahung einer gerichtlichen strafbaren verfolgbaren Handlung fehlen, so stellt der StA. das Verfahren schon von sich aus ein (§§ 152 Abs. 2, 171 StPO.).

Im Privatklageverfahren muß sich der Richter, der den Beschuldigten mit Kosten belasten will, die erforderlichen Unterlagen für die zutreffende Entsch. selbst beschaffen.

V. Der Richter, der in eine Erörterung des Sachverhalts eintritt, weil er weder die Zulässigkeit des Verfahrens aus prozessualen Gründen verneinen noch die Erhebung der Privatklage als einen offensichtlichen Mißbrauch erachten kann, muß — gerade des Kostenpunktes wegen — prüfen, ob er nicht die Klage als sachlich unbegründet abzuweisen hat (§ 383 StPO.).

Die besonderen Voraussetzungen der NotVO. können nur vorliegen, wenn die Schuldfrage (§ 263 StPO.), d. h. die Schuld im juristisch-technischen, nicht nur im moralischen Sinne, zu bejahen ist (Held a. a. O. S. 3053, 3055; Löwe § 153 N. 3).

Der Richter muß daher auch zu den Fragen des Wahrheitsbeweises (186, 192 StGB.) und der Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB.) Stellung nehmen.

Denn er kann zu der Überzeugung, daß „die Schuld des Täters gering und die Folgen der Tat unbedeutend" seien, überhaupt erst dann gelangen, wenn er zuvor den äußeren und inneren Tatbestand einer strafbaren Handlung an sich bejaht hat.

Andernfalls hat er die Klage, falls nicht einmal ein hinreichender Verdacht gegeben ist, sogar zurückzuweisen (§ 383 StPO.).

Eine Entsch. aus § 383 StPO. darf aber erst nach Eingang einer Erklärung des Beschuldigten oder nach Ablauf der ihm gesetzten Erklärungsfrist (§ 382 StPO.) ergehen.

Der Richter muß daher den Ablauf dieser Frist wenigstens abwarten.

Darüber hinaus kann jedoch nach Lage des Einzelfalles auch eine besondere schriftliche oder mündliche Erklärung des Beschuldigten noch erforderlich sein.

Denn der Richter muß einerseits eine strafrechtliche Schuld des Beschuldigten, andererseits ein — von der Stärke des Vorsatzes und von ethischen Momenten abhängiges — geringes Maß von Schuld, kraft freier Beweiswürdigung für gegeben erachten.

Er wird daher, wenn nicht die Anrufung des Gerichts durch den Privatkl. bereits nach dem Inhalt der Klage (§ 381 StPO.) offensichtlich als ein Mißbrauch anzusehen ist, den Beschuldigten zu hören haben, um zu einer zweifelsfreien Feststellung des Maßes der Schuld zu gelangen.

Für die Beurteilung der Frage, ob „die Schuld des Täters gering und die Folgen der Tat unbedeutend" sind, ist maßgebend, wie die Schuld und die Folgen zu bewerten sind, wenn man sie mit dem durchschnittlichen Maße der Schuld und der Folgen von Verfehlungen gleicher Art vergleicht (Löwe § 153 Abs. 3, 4 StPO.).

Mit der Bejahung dieser Gesichtspunkte mehr genereller Art ist die Prüfung aber noch nicht erschöpft.

Das ergibt sich daraus, daß das Gericht — wie bereits hervorgehoben — in einem solchen Falle das Verfahren einstellen „kann", aber nicht muß, eine gesetzliche an sich zulässige Einstellung mithin durchaus im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts steht.

Die pflichtgemäße Ausübung des richterlichen Ermessens erfordert aber schon an sich eine sorgfältige Prüfung aller Umstände des Einzelfalles, auch der Gesichtspunkte moralischer Art. Hier kommt noch ein besonderes Moment hinzu: Nach § 7 Abs. 1 S. 2 a. a. O. NotVO. bedarf das Gericht zur Einstellung des Verfahrens weder der Zustimmung der Staatsanwaltschaft noch des Privatkl. oder des Beschuldigten. Diese gesteigerte Machtbefugnis, die dem Privatklagerichter durch die NotVO. verliehen worden ist, verpflichtet den Richter, „vor der Entsch. die einander gegenüberstehenden Interessen ganz besonders gewissenhaft zu prüfen und abzuwägen" (Held a. a. O. S. 3055 [Zitat bayer. AusfVorschr.]). Nur eine solche, auch der besonderen Lage gerade dieses Verletzten (§ 374 StPO.) gebührend Rechnung tragende, Prüfung kann zu jener sachgemäßen Entsch. gelangen, ohne die der Schutz so wichtiger Rechtsgüter, wie insbes. Ehre und Gesundheit, erheblich Not leiden müßte. Es war nicht die Absicht des Gesetzgebers, diesen Rechtsschutz, soweit er nicht mißbräuchlich in Anspruch genommen wird, hinter dem Bedürfnis der Gerichte nach geschäftlicher Entlastung zurücktreten zu lassen.

---

[2]) In Übereinstimmung mit KG. v. 21. Dez. 1931, 4 W 507/31 unten S. 426 f. (wichtig auch wegen der Frage der unzulässigen weiteren Beschwerde an das OLG.).

Es darf auch nicht außer acht bleiben, daß die Rechtskraft des Einstellungsbeschlusses den *Verbrauch der Privatklage* insofern bewirkt, als der Privatkl. nachträglich nicht mehr mit der Behauptung zu hören ist, durch neue Tatsachen oder Beweise könne festgestellt werden, daß die Schuld des Täters nicht gering und die Folgen seiner Tat nicht unbedeutend gewesen seien (RGSt. 65, 291, 294).

VI. Die Einstellung des Verfahrens hat also — wie die vorausgehenden Ausführungen ersehen lassen — für die Beteiligten eine sehr erhebliche Tragweite. Deshalb hat die NotVO., zumal die Zustimmung der Beteiligten zur Einstellung des Privatklageverfahrens nicht erforderlich ist, im Gegensatz zu § 153 StPO., der allerdings die Zustimmung der Staatsanwaltschaft erfordert, das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde eröffnet.

Der Einstellungsbeschluß muß, da er mit einem Rechtsmittel anfechtbar ist, in allen Fällen mit Gründen versehen sein (§ 84 StPO.).

Der Privatkl. begehrt mit seiner Klage die Bestrafung der Beschuldigten. Der Richter lehnt diesen Antrag durch seinen Einstellungsbeschluß ab. Die Gründe des Beschlusses müssen daher ausführen, weshalb die Einstellung des Verfahrens *auf Grund der NotVO. für zulässig* und *nach Lage dieses Falles auch für angemessen* erachtet worden ist.

Stellt er — wie im vorl. Falle das Gericht II. Ordnung — das Verfahren ein, nachdem das Gericht erster Instanz wegen der von ihm für festgestellt erachteten „*erheblichen Roheit*" der Tat eine für die Erwerbsverhältnisse des Angekl. nicht *unerhebliche* Geldstrafe verhängt hatte, so erwartet der Senat eine *eingehende* Begründung, weshalb die Einstellung des Verfahrens vom BG. für *zulässig* und in diesem Falle auch für *angemessen* erachtet worden ist.

VII. Endlich muß der Einstellungsbeschluß auch wie jede andere, eine Untersuchung einstellende, Entsch. darüber Bestimmung treffen, von wem die Kosten des Verfahrens zu tragen sind (§ 464 StPO.). Da nach § 7 Abs. 2 NotVO. von § 471 Abs. 3 StPO. abgewichen werden kann, so müssen die Gründe des Beschlusses zutreffendenfalls ersehen lassen, daß das Gericht auch in eine genauere Prüfung der kostenrechtlichen Seite der Entsch. eingetreten ist."

II.

Und die Praxis?! „Ganz besonders gewissenhafte Prüfung der einander gegenüberstehenden Interessen"? „Anhörung des Privatkl. oder seines Vertreters"? „Vermeidung unnötiger Erbitterung"? „Nur ausnahmsweise Anwendung der Ausnahmebestimmung"? „Geringe Schuld — unbedeutende Folgen"? „Wenn sie wesentlich in besonderem Maße unter der durchschnittlichen Schuld und den durchschnittlichen Folgen liegen"? „Billigkeitserwägungen bei der Kostenentscheidung"? „*Sorgfältige Prüfung aller Umstände des Einzelfalles*, auch der Gesichtspunkte moralischer Art"? „Genauere Prüfung der kostenrechtlichen Entsch."? „Die Gründe des Beschlusses müssen daher ausführen ..."? Es ist noch weit schlimmer geworden, als pessimistisch geahnt war!

1. Das *Amtsgericht Leipzig* verwendet folgenden **Vordruck** (!):

Beschluß v. . . . 1931.

In der Privatklagesache . . . wird das Verfahren gem. § 7 VO. des RPräs. v. 6. Okt. 1931 Teil 6 eingestellt, da die Schuld des Beschuldigten gering und die Folgen der Tat unbedeutend sind.

Dieser Beschluß ergeht gebührenfrei. Die gerichtlichen Auslagen des Verfahrens hat — d — Privatkl. — d — Beschuldigte — zu tragen. Eine Erstattung der außergerichtlichen Auslagen findet nicht statt.

Amtsgericht Leipzig Abt. III . . .

Ob das Formblatt, seit je der Totengräber selbständigen Denkens, nicht der „*ganz besonders gewissenhaften Prüfung der jeweiligen besonderen Umstände des Einzelfalles*" erheblich hinderlich ist? — Die Entsch. über die Nichterstattung der *außergerichtlichen Auslagen steht nach dem Formblatt ein für allemal fest*, auch wenn der Richter das Formblatt dahin ausfüllt, daß der Bekl. die gerichtlichen Auslagen des Verfahrens zu tragen hat!

2. Aktenzeichen des sächs. AG. L. 13 P 53/31.

Die Privatkl. hatte nach dem Tatbestand der Klage als Zeugin in einem Zivilprozeß für den Bekl. ungünstig ausgesagt. Als sie das Gerichtsgebäude mit einem anderen Zeugen verließ, rief der Bekl. auf der Straße dem Begleiter der Kl. zu: „Sprechen Sie doch nicht mit dieser Dreckhure"; später schrie ihr der Bekl. nochmals „Dreckhure" zu. Die Vorübergehenden blieben stehen. Der Bekl. gibt zu, gesagt zu haben, „Sprechen Sie nicht mit dieser?"; den Ausdruck selbst wisse er nicht mehr. Der angegebene Ausdruck würde allerdings dem Lebenswandel der Kl. entsprechen. Er habe seine Worte nur an den Begleiter gerichtet als Warnung, sich nicht durch eine Unterhaltung mit der Kl. bloßzustellen; Beleidigungsabsicht habe er nicht gehabt.

Einstellungsbeschluß ohne Anhörung der Kl. nach Formular! Jede Partei hat die Hälfte der gerichtlichen Auslagen zu tragen, die außergerichtlichen Auslagen werden gegeneinander aufgehoben!'

Der landgerichtliche Beschluß auf sofortige Beschwerde beläßt es bei der Einstellung, ordnet aber wenigstens volle Kostentragung durch den Bekl. an.

3. Beschluß des bay. LG. H. BeschwReg. 177/31 vom 30. Nov. 1931.

„Nach Lage der Umstände, insbes. nachdem der Bekl. auch in seiner Gegenerklärung ausfällig gegen den Kl. und seine Frau geworden ist, darf wohl angenommen werden, daß der zum Gegenstand der Privatklage gemachte Vorgang sich ereignet hat. Es erscheint daher auch die Belastung des Kl. mit den Auslagen, die der Kl. gehabt hat, an sich nicht unbillig. Allein der Kl. hat diese Auslagen *unnütz* (!) erhöht, *in dem er mit der Durchführung seiner Klage einen Rechtsanwalt betraute*, obwohl er bei der einfachen Sachlage die Klage selbst bei der Geschäftsstelle des AG. hätte anbringen können, in welchem Fall die Auslagen erheblich geringer geworden wären. Es erscheint nicht gerechtfertigt, daß Mehrauslagen, die durch die Inanspruchnahme eines Anwalts statt durch persönliche Anbringung der Klage bei der Geschäftsstelle, entstanden sind, von dem Bekl. sollen getragen werden."

Auf die Beschwerde des Privatbekl. gegen den Einstellungsbeschluß des AG., der die Erstattung der klägerischen Auslagen durch den Bekl. verfügte, änderte also das LG. die Kostenentscheidung dahin, daß der Bekl. die dem Kl. erwachsenen Auslagen zu erstatten habe *mit Ausnahme derjenigen, welche durch die Beiziehung eines Rechtsanwalts zur Privatklagestellung erwachsen sind!* Der Bekl. hat mit der Einlegung der Beschwerde selbst einen Anwalt beauftragt. *Beide Parteien wohnen nicht am Gerichtssitz.* Der Beleidigte wird mit Kosten bestraft, weil er sich anwaltschaftlich vertreten läßt! § 91 Abs. 2 ZPO., § 471 Abs. 5 StPO.? Aber die Anwaltschaft ist ja bei allen offiziellen Ansprachen „ein notwendiges und koordiniertes Organ der Rechtspflege"! Difficile est . . .! *Baumbach*: DJZ. 1931, 1285 befürchtet — danach offensichtlich nicht mit Unrecht —, daß die Regelung der Kostenverteilung auf *Willkür* hinauslaufen müsse! Nach der Begründung zu Art. 70 Ziff. 250 des Entw. zum EGStGB., den § 7 Abs. 2 NotVO. vorweggenommen hat, sollen die Kosten unter die Parteien angemessen verteilt und dem Gericht die Möglichkeit zu *Billigkeitserwägungen* gewährt werden!

4. Aktenzeichen des AG. O. B 64/31/8.

Der Bekl. hatte über die Vorstandsmitglieder eines großen, halbamtlichen Verbandes öffentlich in einer Wirtschaft geäußert, N. sei der größte Filou, die Eier würden verschoben, für ein Glas Bier könne der alles haben, bei der Gründung einer anderen Genossenschaft hätten die Vorstandsmitglieder, um sich zu bereichern, unter einer Decke gesteckt, die Genossenschaft sei der größte Schweinestall, den es gebe.

Das AG. hat — Begründung lediglich der Wortlaut der NotVO. — eingestellt! Auf sofortige Beschwerde wurde das Verfahren vom LG. eröffnet.

5. Aktenzeichen des preuß. AG. H. 33 B/726/31.

Die Bekl. hatte über die klägerische Ehefrau geäußert, diese poussiere mit ihrem, der Bekl., Ehemann. Dieses unwahre Gerede hatte sich nach der Behauptung des Kl. herumgesprochen. Es war Beweis dafür angeboten, daß deshalb in einem Bierausschank mehrfach von Gästen ungünstig über die Kl. geredet wurde.

Einstellungsbeschluß des AG. Das LG. hat die Beschwerde mit folgender Begründung zurückgewiesen.

„Der Begriff der Geringfügigkeit eines strafrechtlichen Verschuldens muß seine Auslegung aus den Zeitverhältnissen erfahren. Sie lassen nicht zu, daß bei derartigen klatschhaften Äußerungen vom Staate Strafrechtschutz gefordert wird. Mit Recht hat daher das AG. die Schuld der Angekl. als gering angesehen. Irgendwelche Folgen von Bedeutung sind nach dem eigenen Vorbringen des Kl. nicht eingetreten. Dem Rechtsempfinden ist dadurch Genüge getan, daß das AG. die Kosten sämtlich der Beschuldigten auferlegt hat."

Die Auferlegung der Kosten berührt die unpfändbare Bekl. nicht! Sie geht daher völlig frei aus. Die äußere Ehre der Kl. bleibt gemindert, durch den Einstellungsbeschluß, den die Kreise der beiden Parteien als eine Freisprechung wegen Erbringung des Wahrheitsbeweises ansehen oder mindestens darstellen werden, noch mehr als durch die Beleidigung selbst. Ob wohl der Richter hier „die Wirkung einer vielleicht objektiv nicht erheblichen Beleidigung, die Wirkung auf den Lebenskreis des Verletzten festgestellt und die verschiedenen Abstufungen der Ehrenkränkung im Einzelfall durch eine objektiv gleiche Tat, wie sie sich aus den Verschiedenheiten der gesellschaftlichen Schichtung ergibt, richtig und mit ‚ganz besonderer Sorgfalt' abgewogen hat" (JW. 1931, 3055)?

6. Aktenzeichen des preuß. AG. B. 8 B 81/31.

Der Kl. war wegen eines in einer Zivilsache geschworenen richterlichen Eids von seinem Prozeßgegner des Meineids bezichtigt worden. In dem deswegen anhängigen Privatklageverfahren verglichen sich die beiden Gegner, die Schwestern zu Frauen haben, dahin, daß der Kl. sich mit einer einfachen Entschuldigungserklärung begnügte und für die Erstattung der Kosten dem Bekl. lange Fristen einräumte. Als der Kl. nach dem Vergleich den Sitzungssaal verließ, kam der Bekl. auf dem Gerichtsflur auf ihn zu und bespuckte ihn ziemlich erheblich.

Einstellung, unbedeutende Schuld!

7. Aktenzeichen des bay. AG. F. Pr Kl Reg 32/31.

„Der Vorwurf der Klatschsucht ist in den beteiligten Kreisen nicht geeignet, eine schwere Kränkung der Ehre zu bewirken. Auch die Form, in der dieser Vorwurf gemacht wurde, steht dem nicht entgegen, denn niemand nimmt es mit den Ausdrücken auf dem Lande so genau, und in der Regel werden dort geringfügige Vorwürfe nicht so schwer empfunden... Das Verfahren war einzustellen. Die Entsch. im Kostenpunkt gründet sich darauf, daß bei der Einfachheit der Sache eine Vertretung bzw. Verteidigung durch Anwälte nicht veranlaßt war, weder auf Seite der Kl. noch auf der der Ang.kl. Es hat also jeder Teil seine Kosten zu tragen."

Notwendiges Organ der Rechtspflege!

8. Aktenzeichen des preuß. AG. E. 4 B 155/31.

Nach der Klage hat die Bekl. auf dem Marktplatz in Gegenwart vieler Leute der Kl. zugerufen: „Paß auf, Du altes Schwein, Du altes Scheißstück, wenn Du meinen Mann wieder mit in die Wohnung nimmst, Du Frauenzimmer, hast wohl nicht genug gehabt mit Deinem Mann." Einige Tage später habe die Bekl. die Kl. auf dem Wochenmarkt mit ihrem Marktkorb ins Gesicht geschlagen und ihr gesagt: „Du alte Hure, hast schon wieder mit meinem Mann gehurt." Durch das Schlagen seien zwei Vorderzähne der Kl. los geworden. Die Bekl. gibt die Äußerungen und auch die Körperverletzung zu; sie habe sie in der Erregung getan und bedauere sie. Die Parteien seien seit Jahren verfeindet, weil der Ehemann der Bekl. zu der Kl. zum mindesten in einem sehr nahen Freundschaftsverhältnis stehe. Sie erhebt Widerklage, weil die Kl. beim Schiedsmann den Arm zum Schlag erhoben und dabei gedroht habe: „Wenn ich Dir eine geben könnte, daß Du gleich weg wärst, gib nur Deinen Stubenfreund als Zeugen an." Die Kl. bestreitet entschieden irgendwelche unerlaubte Beziehungen zum Ehemann der Bekl.

Einstellungsbeschluß, da die Schuld der Parteien gering und die Folgen der Taten unbedeutend seien. Auslagen und Schiedsmannkosten werden der Bekl. auferlegt. Über die außergerichtlichen Auslagen ist nicht entschieden. Die Kl. beschwert sich: die gebrauchten Schimpfworte seien die gemeinsten und ordinärsten, die es überhaupt gebe; der unberechtigte Vorwurf des Ehebruchs sei zweifellos das Ärgste, was einer unbescholtenen Frau nachgesagt werden könne, um so schwerer, als er öffentlich in Gegenwart vieler Personen erhoben worden sei. Darauf Beschluß des LG. H. v. 7. Nov. 1931, Qu 357/31: „Die Schuld der Angekl. ist an sich nicht (!) gering, da es sich um sehr heftige Schimpfworte handelt, die noch dazu auf öffentlicher Straße gebraucht sind. Da aber die Angekl. in großer Erregung gehandelt und sich für ihr Verhalten entschuldigt hat (!), erscheinen ihre Handlungen in milderem Licht, zumal sie auch noch versprochen hat, weitere Angriffe zu unterlassen, da der Grund für ihre Taten (Eifersucht) in Fortfall gekommen ist." Eine Entsch. über die außergerichtlichen Kosten ist auch vom LG. nicht getroffen.

Ganz abgesehen von der Verwirrung der Begriffe „geringe Schuld" und „mildernde Umstände", von der Heranziehung von Vorgängen (Reue usw.), die nach der Tat liegen, für die Bewertung der Schuld an der Tat, muß man sich fragen: Wie muß heute eine Beleidigung und eine Körperverletzung aussehen, die den Schutz des Rechts in Anspruch nehmen darf, wenn durch unflätige Verleumdung die weibliche Ehre auf öffentlichem Markt ohne Sühne derart in den Schmutz gezogen werden darf? Mißbraucht eine Frau, die sich diese Beschimpfungen nicht bieten lassen will, wirklich die Privatklagebefugnis? Mag für den an vieles gewohnten Privatklagerichter selbst auch die Folge unbedeutend sein — aber nicht darauf, sondern auf die Folgen für die Verletzte kommt es an! —, soweit darf sein oder des Staates Bedürfnis nach Entlastung nicht gehen, daß er hier einstellt!

9. Aktenzeichen des preuß. AG. B. 148 B 402/31.

Der Bekl. hatte zu einer dritten Person über den Kl. gesagt: „Lassen Sie sich mit dem Heiratsschwindler nicht ein." Einstellungsbeschluß mit Kostenkompensation.

Gründe: „Die dem Beschuldigten zur Last gelegte Äußerung war bei dem eigenen Verhalten des Privatkl. nicht schwer zu beurteilen. Hinzu kamen verwandtschaftliche Interessen, die den Beschuldigten in erster Linie zu seiner Äußerung gegen den Privatkl. veranlaßten und denen er durch seine Äußerung dienen wollte. Weiter war zu berücksichtigen, daß die dem Beschuldigten zur Last gelegten Worte in den Kreisen der Parteien nicht schwer wogen und nicht so schlimm aufgefaßt wurden, wie der Privatkl. vortrug. Erfahrungsgemäß werden bei Lösung von Verlöbnissen oft noch viel schlimmere Worte gebraucht, namentlich von den Angehörigen der Braut, so daß das Verhalten des Beschuldigten unter diesem Gesichtspunkt ein geringfügiges Vergehen darstellte. Irgendwelche Nachteile waren dem Privatkl. dadurch nicht erwachsen. Der Vorwurf des Betruges ist zwar in den Worten enthalten. Indessen pflegen solche Verdächtigungen nur zu leicht vergessen zu werden. Erst durch ein Gerichtsverfahren werden sie in einem Umfange wieder aufgebauscht, den sie sonst niemals erreicht hätten. Bei dieser Sachlage schien es zweckmäßig, von der Einstellungsbefugnis des § 7 NotVO. v. 6. Okt. 1931 Gebrauch zu machen. Die Kostenverteilung ergibt sich aus der Sachlage.

10. Aktenzeichen des bay. AG. G. 19/30.

Nach der Klage hatte der Bekl. — Arzt — zu einem neuen Patienten über dessen früher behandelnden Arzt geäußert: „Der Schwindler hat schon mehrere Leute ausgeschmiert; da könnte ich zwei Stunden lang erzählen. Was dieser Mensch schon Leute unglücklich gemacht hat, der steht mit einem Fuß im Zuchthaus; er hat schon Wechselfälschungen und alles mögliche gemacht. Vor dem sollte man die Leute warnen." Der Bekl. gibt den wesentlichen Inhalt der Klage zu und tritt den Wahrheitsbeweis an. Hauptverhandlung Ende 1930 ausgesetzt zwecks Zeugenvernehmungen zum Wahrheitsbeweis. Hauptverhandlung Anfang 1931: Vernehmung von drei Zeugen über die Wahrheit der Beschuldigung. Ausgesetzt zwecks weiterer Beweiserhebung. Kommissarische Zeugenvernehmungen. Vor der dritten Hauptverhandlung Einstellungsbeschluß. Gerichtliche Auslagen trägt der Bekl., im übrigen trägt jeder Teil seine eigenen Auslagen.

Jede Glosse zu dieser Entsch. würde ihren Eindruck abschwächen!

11. Aktenzeichen des preuß. AG. L. 4 B 27/31/2.

Die Bekl. beschimpfte die Ehefrau des Kl. im Treppenhaus: Drecksau, Stück Scheiße, Saustück, verfluchtes Aas, Krupp, Balg, schieliges Aas; sie habe eine Fresse wie ein geriebener Schweinearsch. Sie habe in ihrer früheren Wohnung zum Fenster herunter... Schließlich drang sie mit der Kartoffelhacke auf die Frau ein.

Einstellung in zwei Instanzen!

III.

Die Beispiele unter II — sie geben nur einen kleinen Teilausschnitt aus einer Unzahl! — zeigen den durch § 7 NotVO. geschaffenen Zustand, seine Unerträglichkeit und Unhaltbarkeit. So, wie § 7 von den Gerichten gehandhabt wird, ist nicht nur das durch die Einschränkung des Instanzenzugs schon verkümmerte Privatklageverfahren, sondern praktisch der staatliche Ehrenschutz aufgehoben. Die NotVO. wird offensichtlich dahin verstanden, daß die materiellen Tatbestände des StGB., deren Übertretung im Privatklageverfahren verfolgbar sind, nur noch für Ausnahmefälle bestehen, während nach dem Willen des Gesetzgebers, der Rechtslehre, der Landesjustizverwaltungen und der Rspr. (vgl. I) § 7 den Ausnahmetatbestand abgibt. Die Praxis hat die Befürchtungen, die jeder Anwalt nach der Verkündung der NotVO. v. 6. Okt. 1931 hatte, weit übertroffen und sich über die Äußerungen und Auffassungen der Justizverwaltungen hinweggesetzt. Der Beleidigte, nicht der Beleidiger, hat Schuld! Die Erhebung einer Privatklage, die Anrufung des Gerichts, das Recht auf Ehrenschutz ist zu einer Gefahr für den Verletzten geworden, der statt Wiederherstellung seiner Ehre, statt Sühne Kosten bekommt. Der

Rüpel erhält seinen Freibrief[3]). Der Staat verzichtet auf Aufrechterhaltung von Zucht und Sitte, wenn er, der den Not-Dieb von drei Pfund Kohlen ins Gefängnis schickt, er, dem eine Einstellung nach § 153 StPO. auch bei den kleinsten Übertretungen nur ganz selten abzuringen ist, verzichtet, das höchste Gut seiner Bürger, die Ehre, zu schützen! Er zwingt zum Faustrecht. Geht auch zunächst die Erbitterung der durch die Einstellung in ihrem Rechtsgefühl gekränkten Parteien gegen den Anwalt und untergräbt sie zunächst das Vertrauen zur Anwaltschaft, so richtet sie sich in ihrer weiteren Auswirkung gegen die Justiz, das Fundament des Staates, der nicht sehr viel Vertrauen mehr zu vergeuden hat. Nicht für sich verlangt die Anwaltschaft eine Änderung des § 7, wenn er ihr auch, da § 91 Abs. 2 ZPO., § 471 Abs. 5 StPO. nicht angewendet werden, durch die Möglichkeit der Offenlegung anwaltfeindlicher Einstellung der Gerichte, durch ihren Niederschlag in den Kostenentscheidungen und durch die Unsicherheit bei der Beratung der Parteien erheblichen Schaden zufügt; sie verlangt die Änderung für das rechtsuchende Volk als dessen berufener Sprecher. Glaubt man § 7 nicht ganz aufheben zu können — die Einsparungen können kaum erheblich sein! —, so kann er eine Fassung erhalten, die sich finanziell geltend macht, wirklichen Mißbrauch des Privatklageverfahrens verhindert, aber den gefährlichen Unfug der jetzigen Praxis und die unmoralische Ehrenschutzaufhebung und Rechtsverweigerung beseitigt, die also die Einstellung als Ausnahme für besondere Fälle offensichtlichen Mißbrauchs vorsieht. Hier muß aber rasch gehandelt werden, ehe weiteres Vertrauen in die Rechtspflege vertan ist und nicht wieder gutzumachender Schaden angerichtet ist. Für die künftige Behandlung des Entwurfs eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz (Art. 70 Ziff. 209, 250), dem die Regelung des Privatklageverfahrens in der NotVO. v. 6. Okt. 1931 im wesentlichen entnommen ist, dürften die bitteren Erfahrungen mit § 7 NotVO. von Bedeutung sein; es ist nunmehr bewiesen, daß der Richter sehr oft nicht entscheiden kann, „ob in einer Privatklagesache die Schuld des Täters gering und die Folgen der Tat unbedeutend sind" und daß sich die dabei „wesentliche Dinge subjektivster Art eindeutiger Erkenntnis durch das Gericht meist überhaupt entziehen" (JW. 1931, 3055).

Ohne besonderes Einfühlungsvermögen und ohne besonderen Einfühlungswillen, mit der normalen und richtigen Anschauungsweise des Richters, der subjektiven Objektivität allein — die sonst in Zusammenarbeit und Harmonie mit der anwaltlichen objektiven Subjektivität den gerechten Spruch finden läßt —, sind diese persönlichsten, inneren Tatbestände wie der der geringen Schuld bei §§ 185 ff. StGB. (auch der des § 1568 BGB.) nicht erfaßbar, die Fragen des § 7 NotVO. daher nicht zu beantworten.

IV.

Nachtrag. Erst nach Drucklegung erschien in LZ. 1932, 65 der Aufsatz von Wunderer, „Neue Wege für Privatklagesachen", der die Rechtsfragen aus § 7 erschöpfend behandelt. Er führt bei der abschließenden Würdigung aus: „. . . Zur Kritik fordert nur die Maßnahme heraus, die der § 7 vorstellt. . . . Wichtiger sind noch die grundsätzlichen Bedenken. Der Schaden für die Idee des Rechtsstaates und die Autorität der Gesetze kann durch die unsichere Einsparung am Aufwand nicht aufgewogen werden. Ist für die arme Staatskasse die Morgengabe, daß sie die Gebühren und viele schon erkannte Geldstrafen opfert, nicht zu schmerzlich? Man empfängt wohl den Kl. bei Gericht, wenn er aber Recht suchen will, kann er es nicht finden. Es mag sein, daß sich mancher, dem der Staat den strafrechtlichen Schutz verweigert, selbst Genugtuung verschafft und gefährlichere Wege beschreitet. Soll das Faustrecht zurückkehren? . . . Der Satz ‚minima non curat praetor' ist nur für öffentliche Klage geprägt, nicht für Parteiklagen. Ein Freibrief für Beschimpfungen. Aufdrängung des Opportunitätsprinzips, dessen Anwendung vom Kl. oft nicht vorauszusehen ist. Gegenüber dem Schuldigen eine amnestieartige Niederschlagung des Verfahrens. . . . Eine Notnovelle zur StPO., mit der man sich vielleicht abfinden könnte, wenn kein anderer Weg zur ersehnten Vereinfachung abzusehen wäre. . . . Bei einem Streit über 20 Rpf. kann man eine Sachentscheidung verlangen. Hier kann der Richter erklären, er sei in der Sache nicht weiter zu sprechen. Solange aber der § 7 mit seinen Mängeln besteht, kann man nur wünschen, daß er als Ausnahme von der gesetzlichen Regel mit Maß und Vorsicht angewendet wird. . . ." Der Verfasser, Rat am BayObLG., das für Revisionen gegen Urteile bayerischer Gerichte in Privatklagesachen zuständig ist, kommt aus umfangreichster Erfahrung zu der gleichen warnenden und ablehnenden Kritik des § 7, wie sie im vorstehenden aus der Praxis des Anwalts ausgeführt wurde[4]).

---

[3]) In Aufsatz „NotVO. und Ehrenschutz": MSchrKrimPsych. 1932, 22 schildert Prof. Hofrat Dr. Friedländer, Freiburg, den Gang seines Privatklageverfahrens gegen einen „Hellseher", der ihn wegen einer wissenschaftlichen Kritik „Unverfrorenheit" vorgeworfen hatte und schreibt zum Einstellungsbeschluß:

„Ich glaubte, diesen Fall . . . darstellen zu müssen, um ein Schulbeispiel zu bieten und vor der Einreichung von Privatklagen, solange der jetzige Zustand besteht, zu warnen. Ich will aber dahingestellt lassen, ob die Verkehrssitten in privater und öffentlicher Beziehung auf diese Weise gehoben und die ethische Höherentwicklung der Menschen gefördert werden wird. Seit jeher wurde Körperverletzungen größerer Wert beigemessen als seelischen. Sie haben aber — und dies vermag niemand besser zu beurteilen als der Arzt — zufolge der mit ihnen verbundenen Gemütserschütterungen häufig ernstere und schwerwiegendere Folgen, als manchen Richtern bekannt zu sein scheint, die bezüglich ihrer Berufsehre sich in unantastbarer, durch alle staatlichen Machtmittel geschützter Stellung befinden und berufen sind, Hüter der Sitte und Moral zu sein."

[4]) Leider zieht Wunderer aus dieser grundsätzlichen Einstellung bei der Frage der „geringen Schuld" und der Frage der Kostenverteilung nicht voll die Konsequenz. Er meint, daß bei der Kostenentscheidung von dem Gedanken auszugehen sei, der Privatkl. habe das eingestellte Verfahren schuldhaft verursacht, weil er in einer Bagatellsache nicht hätte klagen sollen. Bei dem vagen Begriff der Bagatellsache kann in der Regel von Schuld, einer Verantwortung des Kl., daß es zum Verfahren kam, nicht gesprochen werden. Die Schuld am Verfahren hat überwiegend der schuldhaft verletzende Beklagte!

Wunderer geht allerdings auch von der Möglichkeit der Einstellung aus, wenn „dem Bekl. ein Verstoß gegen sein Strafgesetz nicht nachgewiesen ist; über seine Auslagen hinaus dürfe der Beschuldigte nicht belastet werden, wenn er eines Verschuldens nicht überführt sei". Voraussetzung der Einstellung ist aber das Vorhandensein einer, wenn auch geringen Schuld des Bekl. Hat er keine Schuld, ist für die Einstellung kein Raum; dann muß die Privatklage zurückgewiesen werden.

Zum Maßstab der geringen Schuld führt Wunderer aus:

„. . . Als die Emminger-Novelle den § 153 StPO. ins Leben rief, hat die bay. Justizverwaltung folgende Richtlinien aufgestellt:

‚Maßgebend wird im einzelnen Fall sein müssen, wie die Schuld und die Folgen zu bewerten sind, wenn man sie mit dem durchschnittlichen Maß der Schuld und der Folgen von Verfehlungen gleicher Art vergleicht' und ob ein Bedürfnis für Entscheidung durch Urteil nicht besteht.

Letzterer Gesichtspunkt kommt für die Einstellung nach § 7 jedenfalls nicht in Betracht, insofern dabei an die Lösung von Rechtsfragen gedacht war. Auch der Durchschnitt wird ein anderer sein, denn nach § 153 StPO. ist zugleich das öffentliche Interesse zu berücksichtigen, hier aber sind allein die einander gegenüberstehenden Interessen der Parteien abzuwägen, d. i. die Beschaffenheit der Verletzung im Verhältnis zur Rechtssphäre des Privatkl. Die VollzBek. des BayJustMin. zur VO. v. 6. Okt. 1931 besagt u. a., von der Befugnis des § 7 werde stets Gebrauch zu machen sein, ‚wenn die Anrufung des Gerichts als ein Mißbrauch anzusehen ist'. Die Grenzlinie bleibt dennoch verschleiert. . . . Bei einem Blick auf das Hauptgebiet der Privatklagen — Vergehen nach §§ 185—187 StGB. — zeigt sich, daß Verleumdung nie, üble Nachrede selten und nur in leichten Fällen, bei denen es nicht zur Preisgabe der Ehre in der Öffentlichkeit kam, für Würdigung nach § 7 passen. Die neue Vorschrift ist vornehmlich auf Formalbeleidigungen (§ 185 StGB.), die bei Zänkereien und häuslichen Streitigkeiten so oft vorkommen, abgestellt. Eine Regel gibt es nicht. Manches kann bei objektiver Betrachtung unwichtig erscheinen und ist doch vom Parteistandpunkte aus recht ernst zu nehmen. Handelt es sich doch um höchstpersönliche Tatbestände."

Grenzen strafbarer Täterschaft und Teilnahme.

Von Professor Dr. Max Grünhut, Bonn.

Wenn das RG. in seiner neuesten Judikatur fahrlässige Veranlassung, Förderung und Nichthinderung einer fremden vorsätzlichen Tat bestraft (RGSt. 61, 318 = JW. 1927, 2804[8]; RGSt. 64, 316; RGSt. 64, 370 = JW. 1931, 941[15]), so bedeutet das eine erhebliche Erweiterung des Umkreises derjenigen, die als Täter oder Teilnehmer strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen sind. Dem entspricht es, wenn in der jüngsten Lehrbuchliteratur, in Mezgers Strafrecht und bei Eb. Schmidt in der 26. Aufl. des v. Lisztschen Lehrbuches, die Täterschaft eine ungewöhnliche Ausdehnung erfahren hat. Damit tritt der Begriff des Täters, der bisher fast nur anhangsweise als Grenzbegriff gegenüber der Teilnahme behandelt zu werden pflegt, in den Mittelpunkt der strafrechtlichen Diskussion. Gleichwohl bleibt ein innerer Zusammenhang zwischen der Täterschaft und der systematischen Bedeutung der Teilnahme bestehen, wie Zimmerl in bemerkenswerter Vorwegnahme des heutigen Streitstandes gezeigt hat[1]). Die gesetzlichen Teilnahmeformen Anstiftung und Beihilfe sind entweder Strafausdehnungsgründe, d. h. Erweiterungen des Umfangs strafbaren Verhaltens über die auf typische Ausführungshandlungen beschränkte, restriktive Täterschaft hinaus, oder Strafeinschränkungsgründe, d. h. Modifikationen eines weiten, an sich jede Verursachung eines verbotenen Erfolges umfassenden, extensiven Täterbegriffes. Atypische Teilnahmeformen, wie sie jener Rspr. zugrunde liegen, fallen für die erste Auffassung in den strafrechtsleeren Raum, während sie für die zweite als Täterschaft strafbar sind.

Niemandem schien es bis vor kurzem zweifelhaft, daß Täterschaft in dem Sinne zu bestimmen ist, den man heute restriktiv nennt: Täter ist, wer den Tatbestand verwirklicht, d. h. wer die tatbestandsmäßige Handlung ausführt. Das und nichts anderes bestimmen die Tatbestände des Besonderen Teils. Eine darüber hinausgehende Pönalisierung bringen die gesetzlichen Teilnahmeformen der §§ 48, 49 StGB., Anstiftung und Beihilfe. Sie sind Strafausdehnungsgründe (M. E. Mayer), genauer Tatbestandsausdehnungsgründe (Zimmerl). Wenn es noch eines Beweises bedurft hätte, so war es der Hinweis auf § 47. Denn wenn das Gesetz bei der Beteiligung mehrerer die gemeinschaftliche Ausführung zum Kennzeichen der Mittäterschaft macht, so offenbar deshalb, weil eine Ausführungshandlung charakteristisch für den Täter ist[2]). Aber dabei bestand eingestandenermaßen eine peinliche Lücke strafwürdiger und stets bestrafter Fälle: die mittelbare Täterschaft. Für die eingebürgerte Rechtsanwendung ist der beste theoretische Ausdruck Heglers Übergewichtstheorie[3]), die man negativ so ausdrücken kann: mittelbare Täterschaft liegt überall dort vor, wo es dem unmittelbar Ausführenden an einem wesentlichen Stück der vollen Deliktsverwirklichung fehlt, — an der Zurechnungsfähigkeit, am Vorsatz, an der besonderen Qualifikation, an einer bestimmten Absicht. Aber diese Übergewichtstheorie ist nur eine zutreffende Kennzeichnung, keine dogmatische Begründung der mittelbaren Täterschaft. Eine solche müßte die mittelbare Täterschaft entweder als Teilnahme oder als Täterschaft erweisen. Teilnahme kann sie nicht sein, da die Teilnahmeformen im Gesetz abschließend geregelt sind. Also muß sie, soll anders ihre Strafbarkeit begründet sein, Täterschaft sein. Eine Form der Täterschaft, die nicht Ausführungshandlung, sondern lediglich Veranlassung fremder Tat ist! Der Versuch, die Täterschaft so weit zu fassen, daß sie diese Verursachung des verbotenen Erfolges durch Veranlassung fremder Tat umfaßt — das ist die extensive Auslegung des Täterbegriffes.

Der kühnen Attacke, mit der Eb. Schmidt in seinem Beitrag zur Frank-Festschrift (II, 106 ff.) die Lehre vom extensiven Täterbegriff begründet hat, folgte ihre überraschende Anerkennung im Mezgerschen Lehrbuch und dieser die Bestätigung in der jüngsten Auflage des v. Lisztschen Lehrbuchs. In den Definitionen der Täterschaft herrscht bei Mezger und Schmidt sachliche Übereinstimmung. Für Mezger ist Täter, „wer durch seine Handlung den Erfolg verursacht hat, sofern seine Tätigkeit sich nicht als Anstiftung oder Beihilfe darstellt" (415). Auch bei Schmidt ist Täterschaft = Verursachung des Erfolges (der tatbestandsmäßigen Rechtsverletzung) minus gesetzliche Teilnahmeformen. Für ihn ist Täter jeder, der „rechtswidrig und schuldhaft bewirkt, daß ein Rechtsgut durch Tatbestandsverwirklichung verletzt oder gefährdet wird, sofern er den Tatbestand nicht durch einen vorsätzlich Handelnden verursachen läßt" (326). Für diesen weiten Täterbegriff ist die mittelbare Täterschaft kein Problem mehr. Auch die Veranlassung und Förderung durch Anstifter und Gehilfen würde unter die Täterschaft fallen, wenn nicht das Gesetz selbst in §§ 48 f. bestimmte Modifikationen der Täterschaft aufgestellt hätte. Ob eine Ausführungshandlung begangen ist, spielt nur dann eine Rolle, wenn das Verhalten des Alleintäters im Versuchsstadium stecken geblieben ist (§ 43) oder wenn das Verhalten verschiedener Beteiligter beurteilt werden soll (§ 47).

Gegen diesen extensiven Täterbegriff hat bereits Zimmerl den einen entscheidenden Einwand vorweggenommen: diese Anschauung vermag die mittelbare Täterschaft nur um den Preis einer Eliminierung jeder rechtsstaatlichen Begrenzung tatbestandlicher Handlungen zu rechtfertigen. Überdies teilt sie mit der modernen Lehre vom Rechtsgut die Einseitigkeit, den kriminellen Gehalt nur in der Schwere der Interessenverletzung, nicht auch in der Art ihrer Herbeiführung zu suchen.

Diese beiden Fehler lassen sich vermeiden, wenn man den Umfang der Täterschaft von der Struktur des besonderen Deliktstatbestandes abhängig sein läßt. Handlungsdelikte verlangen Verwirklichung einer Ausführungshandlung i. S. des restriktiven Täterbegriffes, während Erfolgsdelikte sich mit bloßer Verursachung i. S. des extensiven Täterbegriffes begnügen; hier heißt töten: den Tod verursachen, und zwar tatbestandsmäßig, d. h. adäquat verursachen. Aber auch von dieser Seite läßt sich das Problem nicht lösen. Denn wo läuft die Grenze zwischen Handlungs- und Erfolgsdelikten? Mezger zählt fast alle Tatbestände zu den Erfolgsdelikten, indem er dem Begriff des Erfolges eine denkbar weite, die Handlung mitumschließende Fassung gibt. Ähnlich ist für Schmidt „Wegnehmen durch Einsteigen" oder „Geschlechtsverkehr unter Geschwistern" eine tatbestandsmäßige Interessenverletzung, die gleichgültig von wem verursacht und begangen werden kann. Meineid bildet für Schmidt eine positivrechtliche Ausnahme! Hier bedarf es gewiß der Einschränkung. Aber wie gering die Aussichten für eine befriedigende Grenzziehung sind, ergibt sich aus der Tatsache, daß Schmidts Begründung des extensiven Täterbegriffes gerade von dem Scheitern der Frankschen Differenzierung zwischen Tätigkeits- und Verursachungsdelikten ihren Ausgang nimmt[4]). Auch von dieser Seite zeigt sich kein Weg zur Lösung.

Wenn somit keiner der beiden Täterbegriffe den richtigen Ausgleich zwischen rechtsstaatlicher Beschränkung und kriminalpolitischen Bedürfnissen bringt und eine Kombination beider versagt, bedarf es einer erneuten Besinnung auf die grundsätzliche Fragestellung. Entstanden sind die ganzen Bemühungen aus der Erkenntnis, daß ein restriktiver Täterbegriff und die gesetzlichen Teilnahmeformen allein den berechtigten Strafbedürfnissen nicht genügen. Denn dann fällt in den strafrechtsleeren Raum: 1. mittelbare Täterschaft, 2. fahrlässige Veranlassung und Förderung fremder Taten, wie sie der neuen Judikatur zugrunde liegen. Die extensive Auffassung sucht die Erweiterung auf der Seite der Täterschaft. Damit ist sie gescheitert. Das führt die Untersuchung zu einer kritischen Erörterung der Teilnahme.

Die Enge der Teilnahme des geltenden Rechts liegt in einer doppelten Einschränkung der objektiven Teilnahmeformen durch subjektive Momente[5]). Die eine Einschränkung

---

[1]) ZStW. 49, 39 ff.

[2]) Graf zu Dohna zu Mezger: ZStW. 52 Heft 1.

[3]) RGFestschr. V, 305 ff.

[4]) Frank-Festschr. II, 112.

[5]) Zu dem Folgenden: Zimmerl, Aufbau des Strafrechtssystems, 1930, S. 91 ff. u. 138 ff.

hat die Rechtsanwendung geschaffen: Teilnahme nur zu *vorsätzlichem Tun*, die andere ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz: *nur vorsätzliche Teilnahme*. Alle Fälle, die zur Anwendung des erweiterten Täterbegriffes Anlaß geben, sind entweder Veranlassung und Förderung nicht vorsätzlicher Taten oder nicht vorsätzliche Veranlassung und Förderung fremder Taten. Es fragt sich, inwieweit diese beiden Gruppen strafrechtlich erfaßt werden.

Alle Teilnahme ist ihrem Wesen nach „akzessorisch", d. h. sie verlangt eine fremde Tat als Bezugsobjekt. Aber die inhaltliche Bestimmtheit dieses notwendigen Bezugsobjektes ist der Abstufung fähig. Die fast unwidersprochen gebliebene herrschende Lehre fordert für die Handlung, an der teilgenommen ist, eine vorsätzliche rechtswidrige Handlung. Aber das Gesetz verlangt nicht diese „extrem akzessorische" Natur der Teilnahme. Auch eine sich mit der bloß rechtswidrigen Handlung des Haupttäters begnügende, „begrenzt akzessorische" Teilnahme (M. E. *Mayer*) ist mit dem geltenden Recht vereinbar. Nichts hindert, den Begriff der „strafbaren Handlung" in § 48 StGB. so auszulegen, wie es der Terminologie des Entwurfs offensichtlich entspricht: im Sinne einer rechtswidrigen Verwirklichung des objektiven Tatbestandes. Fällt damit das Vorsatzerfordernis beim Haupttäter, so sind vorsätzliche Veranlassung und Förderung fremder Taten stets als Anstiftung und Beihilfe strafbar. Dann bleiben noch die Fälle *fahrlässiger Herbeiführung fremder Deliktsbegehung*, wie sie in RGSt. 61, 318; 64, 316, 370 behandelt sind. Fahrlässigkeitsdelikte, bei denen das praktisch wird, sind Tötung, Körperverletzung und Brandstiftung. Es muß auffallen, daß hier bei Vorsatz das StGB. von „töten" (§ 211), „mißhandeln" (§ 223) und „in Brand setzen" (§ 306), bei Fahrlässigkeit aber von „Verursachung" des Todes (§ 222), der Körperverletzung (§ 230) und „Herbeiführen" eines Brandes (§ 309) spricht. Das legt den Gedanken nahe, daß in der Tat jede fahrlässige Verursachung, auch die durch die Tat eines anderen, strafbar sein soll. Der Einwand, daß dann bei geringerer Schuld bloße Verursachung genügt, während bei Vorsatz eine Ausführungshandlung erforderlich ist, greift fehl. Denn Fälle der Verursachung, die nicht Ausführungshandlungen darstellen, sind eben Veranlassung oder Förderung der Tat eines andern, und die sind als vorsätzliche Teilnahme an einer — vorsätzlichen, fahrlässigen oder schuldlosen — fremden rechtswidrigen Handlung strafbar. Nur ein Fall bleibt unerfaßt: der Täter überantwortet sein Opfer nicht bösen oder nichtsahnenden Menschen, sondern blinden Naturgewalten. Aber hat derjenige, der sein Opfer während des Gewitters in den Wald schickt, dieses wirklich *vorsätzlich* getötet[6])?

Der künftige Gesetzgeber wird es zu vermeiden suchen, der Rechtsanwendung so mühevolle Umwege zuzumuten. Der Entwurf hat in § 31 die begrenzt akzessorische Natur der Teilnahme legalisiert und in § 32 die Beteiligung am Sonderdelikt in die Teilnahme einbezogen. Einer generellen Pönalisierung der fahrlässigen Verursachung steht das Erfordernis des Vorsatzes in den gesetzlichen Teilnahmeformen Anstiftung und Teilnahme entgegen. Hier bedarf es des zweiten Schrittes zur „Objektivierung der Teilnahme" (*Zimmerl*). In den §§ 29, 30 ist jeweils das Wort „vorsätzlich" zu streichen. Durch eine ausdrückliche Bestimmung ist sicherzustellen, daß vorsätzliche Teilnahme stets und fahrlässige Teilnahme nur dann strafbar ist, wenn der besondere Tatbestand eine fahrlässige Begehung kennt. Auf diese Weise gibt es nur

1. den restriktiven Täterbegriff,
2. vorsätzliche oder fahrlässige Teilnahme an einer vorsätzlichen, fahrlässigen oder schuldlosen Tat.

Mit diesen wenigen und klaren Formen sind alle berechtigten Strafbedürfnisse zu erfüllen.

---

[6]) Zur näheren Ausführung und Begründung vgl. demnächst *Hermann Bruns*, Kritik der Tatbestandslehre. Bonner Preisschrift 1931, Bonn 1932.

Ersatzansprüche bei Verfolgung von Verbrechern.

Von Professor Dr. *Franz Haymann*, Köln.

Mit Rücksicht auf die immer mehr zunehmenden Raubüberfälle auf Banken, Lebensmittelgeschäfte und Privatpersonen, bei denen die Verbrecher auf die von ihnen Angegriffenen oder Polizei oder Unbeteiligte, die sich ihnen entgegenstellen, kaltblütig schießen, verdient die Rechtstellung derer, die dabei ihr Leben einbüßen oder Schaden an ihrer Gesundheit nehmen, eine Nachprüfung nach unserm geltenden Recht.

Nehmen wir unsern Ausgangspunkt von einem traurigen Vorfall in Köln, bei dem ein unbeteiligter Kaufmann und Familienvater Pf. sich auf der Straße Autobanditen entgegenstellte, die im Begriff waren, mit dem vor einem Haus stehenden Kraftwagen eines in dem Hause einen Kranken besuchenden Arztes zu flüchten, und von den Verbrechern sofort erschossen wurde, worauf diese den dazueilenden Arzt durch einen weiteren Schuß kampfunfähig machten und weitere unbewaffnet im Auto nachfolgende Bürger durch ihre Schußwaffen zur Rückkehr zwangen. Polizei war nicht zur Stelle. Pf. nahm einmal die Interessen des bedrohten Eigentümers des Kraftwagens wahr, dessen Eigentum er vor dem rechtswidrigen Angriff schützen wollte. Sein Handeln war also Geschäftsführung ohne Auftrag zugunsten des Eigentümers nach § 677 BGB. Indem Pf. die Verbrecher dingfest machen wollte, nahm er zugleich die Interessen des Staates wahr, dem, unterstützt durch Staatsanwaltschaft und Polizei, nach §§ 160, 163 StPO. die Verfolgung strafbarer Handlungen obliegt. Zwar war Pf. nach § 127 StPO. zur vorläufigen Festnahme der auf frischer Tat betroffenen und fluchtverdächtigen Banditen befugt. Aber § 127 *verpflichtet* weder den Privaten zum Eingreifen noch gibt er ihm *gegenüber dem Staat* ein Recht auf konkurrierende strafverfolgende Tätigkeit, sondern ein Recht wird dem zur vorläufigen Festnahme in solchen Notfällen schreitenden Staatsbürger nur gegenüber dem Verbrecher gegeben, im Hinblick auf den selbst bei scharfem und gewaltsamem Zugreifen die Rechtswidrigkeit einer etwaigen strafbaren Nötigung oder Freiheitsberaubung oder Körperverletzung entfällt. Pf. besorgte also ein Geschäft des mit der Verfolgung der Verbrecher betrauten Staates, ohne i. S. von § 677 BGB. von ihm *beauftragt* oder *ihm gegenüber* sonst dazu berechtigt zu sein. Damit entsteht die Frage, ob Pf. etwaige Aufwendungen gegenüber seinen beiden Geschäftsherren (Eigentümer und Staat bzw. der für die mittelbaren Polizeikosten haftenden Gemeinde) ersetzt verlangen kann. Nehmen wir zunächst einmal an, er oder die Verfolger seien angeschossen worden und hätten Ausgaben für Heilung gehabt. Ersatz für entgangenen Gewinn können sie keinesfalls begehren, das fällt unter Schadensersatz, aber nicht unter die Aufwendungen[1]) nach §§ 670, 683. Solche im engsten Sinne sind nur freiwillige Opfer an Vermögenswerten und jedenfalls nicht Verluste an Leib und Gut, die der Geschäftsbesorger zufällig erleidet. Aber wie, wenn er durch seine Fürsorge für andere sein Vermögen oder seine Gesundheit bewußt Gefahren aussetzt? Hier lehnt noch RG.: JW. 1909, 311 jeden Anspruch von durch Messerstiche schwer verletzten Handwerksburschen ab, die der verklagte Wirt zu seinem Schutz gegen sein Leben bedrohende Raufbolde in Anspruch genommen hatte, weil diese zwar die Gefahr gekannt, aber das Opfer nicht *gewollt* hätten. Diese strenge Auffassung, die jüngstens wieder *Leonhard* (Besonderes Schuldrecht S. 252) vertritt, wird aber in starker Annäherung an das PrALR. I 13 §§ 80, 81 und einem in der zweiten Kommission (Prot. 2, 367 ff.) allerdings abgelehnten Antrag in den Entsch. RG. 94, 169 und 98, 195 ff. stark abgemildert und jetzt der Aufwendungsbegriff auf Sach- und Körperschäden erstreckt, deren Gefahr mit der

---

[1]) v. *Tuhr*, Actio de in rem verso 34 ff. SchweizOblR. I, 108 f.

Ausführung des Geschäfts (Fang eines tollwütigen Hundes, Rettungsarbeiten bei Brand) von selbst verbunden waren. Man kann hier nach dem Vorgang von Enneccerus (Schuldrecht § 382 Note 3) von einer bedingten Aufwendung reden: der Schaden tritt nicht wie bei einem Eisenbahnunglück zufällig ein, infolge von Umständen, die mit der Geschäftsbesorgung in keinem inneren Zusammenhang stehen (deren Ersatz allein wohl die viel berufene l. 26 § 6 D. 17, 1 ablehnen will), sondern der Helfer will den drohenden Körper- und Vermögensschaden bewußt auf sich nehmen, wenn er anders das gefährdete Gut nicht retten kann. Eine Art von dolus eventualis hinsichtlich des eigenen Verlustes: das ist heute herrschende [2]) und m. E. wohlbegründete Lehre.

Hiernach könnten die Privaten Ersatz für Kur- und Heilungskosten oder Erwerbsschaden (z. B. RG. 98, 196, 200) von dem durch die Verbrecher bedrohten einzelnen oder von dem Staate nach § 683 BGB. ersetzt verlangen, wenn die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem Willen des Geschäftsherrn entsprach. Diese Voraussetzung ist z. B. für den bedrohten Eigentümer nicht gegeben, wenn der Wert des bedrohten Gutes beträchtlich geringer ist als der Schaden, den durch eine Verfolgung der Verbrecher die Verfolger zu gewärtigen haben. Insbes. wird der Eigentümer eine Haftung für Schäden und daraus erwachsende Aufwendungen ablehnen dürfen, wenn sein Gut versichert war, er somit an einer so gefährlichen Schutzmaßnahme von ihm nicht zugezogener Privaten kein erhebliches Interesse hat. Ferner wird nicht nur der bedrohte Eigentümer, sondern auch der Staat eine Haftung für die aus der Verfolgung oder Bekämpfung von Verbrechern unberufenen Privaten entstehenden Schäden ablehnen können, falls der Widerstand des Privaten gegenüber den Verbrechern wegen der Überlegenheit der Banditen an Körperkräften oder Ausrüstung mit Waffen von vornherein aussichtslos oder wenig erfolgreich erscheint. Die Teilnahme für den aus selbstlosen Motiven eingreifenden Bürger darf nicht das Urteil zuungunsten des Eigentümers oder des Staates beeinflussen, insbes. nicht, wo vielleicht nur mißverstandene Romantik oder unbedachtes Draufgängertum zu einem aussichtslosen Kampf unbewaffneter Privaten mit schwerbewaffneten Banditen geführt hatte; der Eingriff entspricht weder dem Interesse noch dem Willen des Geschäftsherrn. In dem Kölner Fall aber muß eine Haftung des Eigentümers oder des Staates schon entfallen, weil dem getöteten Pf. bei seinen Lebzeiten Aufwendungen nicht entstanden waren, da der Verlust des Lebens eine solche Aufwendung nicht darstellt.

Im Schrifttum ist diese Frage nicht immer genügend klar behandelt worden [3]). Aufwendungen, die durch den Verlust des Lebens des privaten Helfers hervorgerufen werden, entstehen niemals diesem selbst [4]), sondern höchstens dritten Personen, wie seinen hinterbliebenen Angehörigen oder Erben. Es ist eine unjuristische Metapher, wenn man das Opfer des Lebens als eine Aufwendung des getöteten Geschäftsbesorgers bezeichnet und so für diesen selbst einen Ersatzanspruch nach § 670 BGB. zu begründen sucht, der kraft Erbfolge von seinen Erben gegen den Geschäftsherrn geltend gemacht werden könnte. Gegenüber dieser noch im Falle RG. 122, 298 ff. vertretenen Auffassung des OLG. Celle, nach der der verunglückte Pflichtfeuerwehrmann dadurch, daß er beim Löschen sein Leben opferte, eine — allerdings nicht seiner Absicht entsprechende — Aufwendung gemacht habe, hat RG. (6. ZivSen.) 122, 298 ff., insbes. 303, 305 = JW. 1929, 1138 betont, auch wenn man den Begriff der Aufwendungen i. S. des § 670 BGB. weit auslege und im angegebenen Umfang Schäden einbeziehe, so könne doch ein Schaden, der nicht den Beauftragten selbst, sondern einem andern erwachsen sei, darunter nicht begriffen werden. Der auf § 844 BGB. gestützte Anspruch der Kl. wäre aber von vornherein in ihrer eigenen Person entstanden. Das ist durchaus zutreffend. Auch in dem Kölner Fall können die Hinterbliebenen nur aus unerlaubter Handlung gegen die Banditen nach § 844 Schadensersatzansprüche erheben, die aber praktisch kaum von Bedeutung sind. Diese Ansprüche erwachsen den Hinterbliebenen unmittelbar [5]).

Anders ist die Rechtslage, wenn der private Helfer nicht aus eigenem Antrieb, sondern erst auf Veranlassung eines behördlichen Organs, wie z. B. eines Mitglieds der Polizei, eingreift. Solche Fälle sind schon des öfteren zur Entsch. des RG. gelangt [6]). Liegt hier überhaupt ein privatrechtl. Vorgang vor und nicht vielmehr einfach Gehorsam gegenüber einem obrigkeitl. Befehl? Naheliegend war m. E. die letzte Annahme in dem Duisburger Fall (JW. 1914, 676), wo der Kl. seinen Ersatzanspruch gegen die Stadt auf § 839 BGB. i. Verb. m. dem Ges. v. 1. Aug. 1909 und die Behauptung gestützt hatte, der Polizeisergeant habe ihn unberechtigterweise gezwungen, an der Verfolgung der Täter teilzunehmen, und erst an zweiter Stelle auf ein durch die Aufforderung des Sergeanten zwischen ihm, dem Kl., und der Stadt begründetes Auftragsverhältnis. Das RG. hat schon in dieser Entsch. ausgeführt, zwar habe die Tätigkeit des Kl. in einer Hilfeleistung im öffentl. Interesse bestanden, aber der Kl. sei nicht einem geschäftl. oder behördl. Zwang, sondern freiwillig der an ihn gerichteten Aufforderung des Beamten gefolgt. Er habe eine Tätigkeit geleistet, die eine Geschäftsbesorgung darstellte. Das VertrVerh., das auf diese Tätigkeit gerichtet gewesen sei, sei allerdings kein schlechthin (?) bürgerlich-rechtliches, aber es bestehe kein Bedenken, es im wesentl. nach den Regeln des Auftragsrechts zu beurteilen. Die Berechtigung des Beamten als eines Organs der örtl. Polizeiverw., die bekl. Stadtgemeinde zu verpflichten, folge schon aus der Vertretungsmacht des öffentl. Rechts, die ihm durch die Übertragung seines Amtes und die Zuweisung seines Pflichtenkreises erteilt sei (?). Mit dem OLG. habe aber die Erteilung eines so gefährlichen Auftrages an den Kl., der, ohne irgendwie persönlich beteiligt zu sein, veranlaßt worden wäre, um öffentl. Interessen willen seine Gesundheit in dringende Gefahr zu bringen, mit rechtl. Notwendigkeit die Verpflichtung der auftraggebenden Stadtgem. in sich geschlossen, für allen dem Kl. durch die Ausführung des Auftrags entstehenden Schaden einzustehen. Mit dieser nicht unbedenklichen [7]) privatrechtlichen Konstruktion war im Grunde die schwierige Frage nach dem Umfang des Aufwendungsbegriffs umgangen und wird darum jetzt in JW. 1931, 3442 vom RG. dahingestellt. Dieselbe privatrechtl. Konstruktion erlaubte dem RG. im Urt.: JW. 1927, 441, in der Aufforderung des Polizisten an einen ihm bekannten Metzger, einen festgenommenen Verbrecher in der Wirtschaft zu bewachen, wobei der Metzger erstochen wurde, eine stillschweigende Vereinb. nicht bloß zugunsten des VertrGegners, sondern auch seiner Angehörigen anzunehmen. Ein Familienvater, der für einen anderen einen gefährlichen Auftrag übernimmt und dabei wegen der Haftung des anderen für die Gefahr eine — stillschweigende — Vereinb. trifft, will nach den Ausführungen des RG. diese Vereinb. für den Fall eines schlimmen Ausgangs auch auf die Sicherstellung seiner auf seine Unterhaltspflicht angewiesenen Angehörigen erstreckt wissen [8]). Nur in dem jüngsten Fall (RG. 122, 298 = JW. 1929, 1138) eines verunglückten Mitglieds der

---

[2]) Vgl. z. B. Oertmann zu § 670 3 b, β; RGRKomm. zu § 670 Ziff. 2; v. Tuhr, SchweizOblR. I S. 110; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 159 Note 3.

[3]) Vgl. z. B. RG. 94, 172 oder Enneccerus-Lehmann § 159 Anm. 3.

[4]) Anders natürlich Ausgaben, die bei einer später tödlich verlaufenden Körperverletzung durch vergebliche Heilungsversuche noch dem Verletzten selbst entstehen. Hat dieser Ersatzansprüche, so gehen diese kraft Erbfolge über. Richtig schon Prot. des zweiten Entw. II, 618: „weil mit dem Tod die Möglichkeit eines Vermögensschadens des Getöteten wegfalle“, auch schon RG. 21, 170 f. unter Berufung auf den klassischen Satz: liberum corpus aestimationem non recipit, und bei Gruch. 42, 912; OLG. Hamm: SeuffArch. 75 Nr. 131. Ebenso Planck zu § 844 Ziff. 2: „der Getötete hat wegen der Tötung keinen Ersatzanspruch gegen den Täter, denn ein Toter kann keinen Anspruch haben und seine Erben können als solche nur einen Anspruch haben, der in der Person des Erblassers bereits entstanden ist.“ Ebenso RGRKomm. § 844 Ziff. 1: „Durch die Tötung einer Person kann dieser selbst ein Schaden nicht mehr zugefügt werden.“

[5]) Vgl. schon RG. 55, 24 ff.

[6]) Vgl. RG.: JW. 1914, 676 ff.; RG. 94, 169; 98, 195; JW. 1927, 441; RG. 122, 298 = JW. 1929, 1138.

[7]) Gerade umgekehrt z. B. Prot. II, 369 oben; vgl. auch Leonhard, bes. SchuldR. 252, 253.

[8]) Begründete Bedenken gegen die Vertretungsmacht des Schutzmanns schon bei Josef: JurRdsch. 1927, 438.

Pflichtfeuerwehr, der in Ausführung eines Befehls seines vorgesetzten Brandmeisters sein Leben eingebüßt hatte, hat das RG. diese sich bedenklich einer Fiktion nähernde Konstruktion eines privatrechtl. Vertr. zugunsten der Angehörigen abgelehnt, „da lediglich ein Auftrag zur Erfüllung einer öffentl.-rechtl. Pflicht festgestellt sei“. Man kann auch nicht mit Enneccerus-Lehmann (Schuldrecht § 159 N. 3) gegen dieses Urt. einwenden, der Befehl sei über das Maß des Zumutbaren hinausgegangen, „so daß dennoch ein stillschweigend abgeschlossener Garantievertr. anzunehmen gewesen sei“. Ein Befehl an ein Mitglied der Pflichtfeuerwehr, aus einem brennenden Hause wichtige Papiere zu entfernen, überschreitet m. E. nicht das Maß dessen, was in diesem Beruf verlangt werden kann, zumal da der Sturz des Giebels, der den Tod des Feuerwehrmannes verursachte, nicht vorauszusehen war. Aber ein unzulässiger Befehl des Vorgesetzten an den Untergebenen hätte an der rein öffentl.-rechtl. Natur des Verh. nichts geändert, hätte uns also nicht berechtigt, mit dem obrigkeitl. Befehl eine privatrechtl. Garantieabrede zwischen dem Brandmeister der Gemeinde und dem untergebenen Feuerwehrmann zu verknüpfen, sondern höchstens eine deliktische Haftung der Gem. nach § 839 BGB., Art. 131 RVerf. i. Verb. m. § 844[9]) zugunsten der Hinterbliebenen des Verunglückten anzunehmen. Auch in dem Duisburger Fall lag nach der Darstellung der Klage die Annahme eines öffentl.-rechtl. Verwaltungsbefehls des Polizeisergeanten an den jugendlichen Helfer m. E. sehr viel näher als ein privatrechtl. Geschäftsbesorgungsvertr. Ist dies aber richtig, so hat hier der Polizeibeamte seine obrigkeitl. Befugnisse jedenfalls überschritten, wenn er von dem Verunglückten verlangte, daß er sich bei der Dingfestmachung der Messerstecher aktiv beteilige. Eine solche mit erheblicher Gefahr für Leib und Leben verbundene Hilfeleistung darf die Polizei auch von erwachsenen Bürgern nicht aus dem Gesichtspunkt eines polizeil. Notstandes begehren. Würde man aus dem Gedanken des Notstandes heraus der Polizei gestatten, eine dringliche Gefahr dadurch abzuwehren, daß sie durch ihre Befehle an unbeteiligte Bürger diese in eine neue Gefahr für ihr Leben oder ihre Gesundheit brächte, so hieße das — wie Drews: Preuß. Polizeirecht 1929 S. 52 ausführt — den Teufel durch Beelzebub austreiben. Auch der sog. Liebesparagraph 360 Ziff. 10 StGB. bestraft nur denjenigen, der bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not von der Polizei zur Hilfe aufgefordert, keine Folge leistet, obwohl er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr genügen konnte[10]). Man kann übrigens bei solchen öffentl.-rechtl. Befehlsverh. auch nicht den Gedanken des § 670 BGB. vom privatrechtlichen Auftrag analog anwenden, wie OLG. Kassel (JW. 1927, 1276) verkennt[11]) RG. 122, 304 wenigstens erwägt. Denn die Haftung des privatrechtlichen Auftraggebers für die Vermögensaufwendungen des Beauftragten beruht darauf, daß der Beauftragte zwar seine Arbeitskraft, aber nicht sein Vermögen in den Dienst des Auftraggebers stellen will. Er will zwar keine Gegenleistung für die freiwillig übernommene Geschäftsbesorgung, aber er will auch nicht die Unkosten tragen, die mit der Ausführung der von ihm freiwillig übernommenen Besorgung verbunden sind. Der zu einer Hilfeleistung durch einen obrigkeitl. VerwAkt Befohlene gehorcht aber einfach als Untertan dem Befehl, ohne daß von Vorbehalten oder Bedingungen, unter denen er die ihm vorgeschriebene Tätigkeit verrichten will, die Rede ist. Die ratio des § 670 BGB. über den Aufwendungsersatz versagt hier und damit auch eine entspr. Anwendung dieses Paragraphen auf öffentl.-rechtl. Befehlsverh. Ist zweifelhaft, ob der Beamte obrigkeitl. hat befehlen oder privatrechtl. einen Auftrag hat erteilen wollen, so wird man geneigt sein, das letztere anzunehmen, wenn im ersteren Fall, wie bei einem Befehl zu lebensgefährlicher Nothilfe an Private nach dem früher Gesagten eine Überschreitung der Amtsbefugnis gegeben wäre. Aber es ist wichtig, sich klarzumachen, daß auch im letzteren Fall weder der Helfer selbst nach § 839, noch bei seinem Tode seine Angehörigen nach §§ 844 und 845 BGB. schutzlos sind. Bei rechtmäßiger Notstandsmaßnahme schützt aber heute in Preußen den zu Schaden gekommenen requirierten Unbeteiligten das PVG. §§ 70—73.

Schließlich müssen noch die Fälle erörtert werden, in denen bei Diebstählen und Raubüberfällen auf Banken und Warengeschäfte Angestellte der bedrohten Unternehmung in dem Kampf mit den Banditen zu Schaden gekommen sind. Haben sie hierbei ihr Leben eingebüßt, so ist aus den erörterten Gründen das Opfer des Lebens nicht als eine von dem Prinzipal zu ersetzende Aufwendung zu behandeln. Man kann auch nicht den Dienstvertr. dahin auslegen, daß der Prinzipal ihnen oder ihren Hinterbliebenen für allen Schaden aufkommen wolle, der ihnen beim Versuch, sein Gut vor verbrecherischen Anschlägenzu schützen, entstehen könnte; dies selbst dann nicht, wenn der Dienstvertr., wie z. B. mit einem Fabrikwächter oder dem Wächter einer Wach- und Schließgesellschaft oder dem Angestellten einer Faktorei im Kolonialgebiet[12]), die Bekämpfung solcher Gefahren einschließt. Die Hinterbliebenen sind also auch hier mangels besonderer Vertragsabreden zu ihren Gunsten auf die in ihrer Person entstehenden deliktischen Ersatzansprüche gegen die Verbrecher aus §§ 844, 845 BGB. beschränkt. Man wird i. allg. einem Angestellten einer Bank oder eines Warengeschäftes nach Treu und Glauben nicht zumuten dürfen, daß er sich, um das Gut seines Prinzipals zu verteidigen, bewaffneten Verbrechern entgegenstellt, soweit es sich nicht gerade um einen Wächter handelt, der zur Abwehr solcher Verbrechen angestellt ist. Aber in beiden Fällen darf auch der Körperschaden, den der Angestellte dadurch erleidet, daß er zur Rettung des Gutes seines Dienstherrn eine solche Lebensgefahr bewußt auf sich nimmt, und die daraus ihm entstandenen Schäden als eine Vermögensaufwendung i. S. der §§ 675, 670 BGB. angesehen werden[12]), es sei denn, daß der Kampf mit den Verbrechern von vornherein aussichtslos oder der bei Widerstand drohende Schaden erheblicher als das gefährdete Gut des Dienstherrn erscheinen mußte.

Fassen wir zusammen, so ist unser dem geltenden Recht entnommenes Ergebnis unbefriedigend nur in dem Falle, daß der im fremden Interesse eingreifende Private — für den Beamten greift hier die Hinterbliebenenfürsorgegesetzgebung ein — bei seinem Rettungswerk sein Leben eingebüßt hat. Denn gerade dort, wo die Tat des privaten Retters unsere größte Teilnahme, ja Bewunderung erregt, nämlich wo er ungerufen ganz aus eigenem Antrieb sich für fremde Interessen, wie im Kampf mit einer Feuersbrunst oder mit Verbrechern, die ihn nicht bedrohten, geopfert hat, gewährt das geltende Recht den Angehörigen keinen Schutz. Es wäre billig, wenn eine elastische, auf die Umstände des Einzelfalles abstellende Vorschr., ähnlich der des § 829 BGB., es den durch den Tod ihres Ernährers beraubten Hinterbliebenen gestattete, diejenigen, für welche der Tote sich geopfert hat, wegen ihres Unterhalts in Anspruch zu nehmen, den bedrohten Eigentümer wenigstens insoweit, als durch das Opfer des Getöteten von ihm Schaden abgewendet worden ist, und letztlich den Staat oder die öffentl. Anstalt, deren Interesse der Getötete gewahrt hat.

---

[9]) Vgl. RG. 99, 288; 104, 348 i. Verb. m. RG. 91, 9 = JW. 1918, 46 und 94, 102 = JW. 1919, 46; ferner Drews, Preuß. PolR. S. 80 ff.; Jellinek, VerwR. (3) 320 ff.; Amtl. Begr. zu Abschn. XII des PrPolVerwG. v. 1. Juni 1931.

[10]) Daran denkt wohl Jellinek, VerwR. (3) S. 420: „Bei der polizeil. Nothilfe schützt den Pflichtigen der Strafrichter.“ Bei Verstoß gegen § 360 Z. 10 kann der Gefährdete Ersatzansprüche nach § 823 II BGB. haben. Eine ausdrückl. Einschränkung fehlt in dem einschlág. § 21 PrPolVerwG. v. 1. Juni 1931, in Kraft seit 1. Okt. 1931 (§ 79). Aber § 70 gewährt dem betroffenen Unbeteiligten („nicht Polizeipflichtigen) einen subsidiären Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Maßnahme entstandenen Schadens gegen den Träger der mittelbaren Polizeikosten (also auch bei Körperschaden) und gegen den Verantwortlichen auf Ersatz seiner Aufwendungen nach den Regeln über Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 71—73). Damit ist die in der Rspr. herrschende Beschränkung des § 75 Einl. d. ALR. auf Eingriffe ins Vermögen (RG. 122, 302 = JW. 1929, 1138) überwunden. Aber nur der unmittelbar Betroffene hat den Anspruch (Amtl. Begr. zu § 70), die Angehörigen also höchstens kraft Erbfolge.

[11]) Richtig Görres ebenda und Josef: JurRdsch. 1927, 564.

[12]) So auch LG. Berlin: RArbBl. 1907, 78 und in DJZ. 1913, 416 (Geschäftsführung o. A. für die Versicherungsgesellschaft); Staub-Bondi zu § 59, 34a.

Privatklagesachen.

(Merkblatt nach der Rechtsprechung des RG. und des früheren 4. StrSen. des KG.)

(Vgl. Merkblatt für Versicherungsstrafsachen JW. 1931, 3178 ff.)

A. Verfahrensrecht.

I. Prozeßvoraussetzungen

als positive Voraussetzungen der Strafverfolgung sind in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen unter Heranziehung des Akteninhalts beachtlich. Die Vorschriften über die Beweisaufnahme, insbes. § 245 Abs. 2 StPO. gelten für sie nicht (RGSt. 47, 302: HöchstRRspr. 1926, 4; KG. 4 V 238/28; 302/29; 306/29; 327/29; 112/30). Fehlen sie, so Verfahrenseinstellung.

1. Zuständigkeit des Gerichts §§ 1—6, 269 ff. StPO.

Die sachliche Zuständigkeit des Gerichts ist in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen. § 6 StPO.; RGSt. 59, 36; anders: örtliche Zuständigkeit des Gerichts (§ 18 StPO.) ist Klagevoraussetzung, mithin nur bis zum Erlaß des Eröffnungsbeschlusses (EB.) prüfbar (vgl. unter Klagevoraussetzung).

2. Zulässigkeit der Privatklage.

Die Privatklage ist eine Form des Strafantrags (KG. 4 V 100/28) und kann, wenn einmal rechtzeitig Strafantrag in anderer Form gestellt, bis zum Zeitpunkt der Verjährung der Strafverfolgung erhoben werden (KG. 2 V 97/21). Mängel der Privatklage, wie Nichtangabe des Strafgesetzes kein Revisionsgrund (KG. 4 V 114/30).

a) Unter Berücksichtigung des Alters des Beschuldigten.

Gegen Jugendliche ist das Privatklageverfahren unzulässig (§ 38 Abs. 1 Satz 1 JGG.); dagegen ist Erhebung von Widerklagen gegen Jugendliche zulässig. Unzulässigkeit des Privatklageverfahrens gegen Jugendliche ist Prozeßhindernis (KG. 4 V 5/28).

Über Privatklagen von Jugendlichen vgl. unter „Prozeßfähigkeit" (S. 3).

b) Unter Berücksichtigung des Gegenstandes der Privatklage § 374 StPO.

aa) Trifft PrivKl. Delikt mit Offizialdelikt zusammen, so ist unter Umständen Einstellung des Privatklageverfahrens wegen fehlender Sachbefugnis des PrivKl. erforderlich (RGSt. 27, 216: KG.: JW. 1929, 1603[19]; GoltdArch. 74, 27); anders wenn StA. wegen Offizialdelikts eingestellt hat und Beleidigung übrigbleibt.

Eine Körperverletzung (KV.), die zunächst ohne Gebrauch eines gefährlichen Werkzeugs begangen ist, kann nicht lediglich als einfache KV. abgeurteilt werden, wenn in unmittelbarem zeitlichen und örtlichen Zusammenhange weitere Verletzungen mittels gefährlichen Werkzeugs zugefügt sind (KG. 4 V 125/28). Vergehen nur gegen § 223 a Abs. 1 StGB. ist PrivKl. Delikt.

bb) Bei einheitlicher mehrere Personen gleichzeitig treffender Beleidigung (B.) ist beachtlich (§ 375 StPO.), z. B. „Hurenkind", „Betrüger" (Mehrzahl).

Anhängigkeit der Privatklage seitens eines mehrerer PrivKl. Berechtigten ist für die anderen später anhängigen Privatklagen von Amts wegen beachtliches Prozeßhindernis. Prävenienz, Zeitpunkt der Privatklagerhebung bzw. des EB. entscheidend.

Für nachfolgende Verletzte nur Beitritt zu anhängigem Verfahren zulässig (KG. 4 V 244/28; 34/29; 138/29): § 375 Abs. 2 StPO.

Zulassung der Beitrittserklärung setzt Rechtzeitigkeit des Strafantrags des Beitretenden voraus (KG. W 1046/20).

Rechtskräftige Sachentscheidung in einer Privatklage wirkt auch gegenüber den übrigen Mitverletzten (KG. 4 V 369/29; 14/30: JW. 1930, 2592[29]; § 375 Abs. 3 StPO.).

3. Prozeßfähigkeit der Parteien.

a) Privatkläger:

Der geschäftsunfähige oder noch nicht 18 Jahre alte Privatkläger hat weder selbständiges Strafantragsrecht (§ 65 Abs. 2 StGB.), noch Recht zur Ausübung seiner Privatklagebefugnis (§ 374 Abs. 3 StPO.). Zur Stellung des Strafantrags und zur Ausübung der Privatklagebefugnis ist nur sein gesetzlicher Vertreter befugt, der aber seinerseits kein eigenes selbständiges Strafantragsrecht hat (RG.: JW. 1930, 1003[20]); im Gegensatze zur vorgesetzten Dienstbehörde und dem Ehemanne, die selbständiges Strafantragsrecht (§§ 195, 196, 232 Abs. 3 StGB.) und selbständige Privatklagebefugnis haben (§ 374 Abs. 2 StPO.). Da aber minderjähriger, noch nicht 18 Jahre alter Verletzter an sich Privatkläger sein kann — seine Privatklagebefugnis wird von seinem gesetzlichen Vertreter nur ausgeübt — so ist der Minderjährige auch im Urteilskopf als Partei anzuführen. Seine Vernehmung als Zeuge ist unzulässig (KG. 4 V 7/27; 83/28; 221/29; 285/30).

Zur Prozeß- und Verhandlungsfähigkeit des Privatklägers im übrigen 4 W 343/30; 4 W 97/31.

b) Privatbeklagter.

Prozeßfähigkeit, soweit nicht jugendlich (vgl. S. 369 Ziff. 2 a) richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen.

Anmerkung: Wenn ein noch nicht volljähriger PrivKl. Privatklage erhoben hat und gleichwohl fehlerhaft eröffnet ist, oder wenn gesetzlicher Vertreter trotz bereits eingetretener Volljährigkeit des Vertretenen weitere Prozeßhandlungen vornimmt, so ist Heilung der Verfahrensmängel in entsprechender Anwendung der §§ 52 f. ZPO. (RG. 110, 230) durch ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung (Vornahme von Prozeßhandlungen z. B. Berufungseinlegung) durch gesetzlichen Vertreter bzw. durch prozeßfähig Gewordenen selbst mit rückwirkender Kraft zulässig (KG. 4 V 83/28; 154/30); ebenso wenn gegen Jugendlichen Privatklage erhoben ist und dieser innerhalb Strafantragsfrist das 18. Lebensjahr vollendet (KG. 4 V 5/28).

4. Strafantrag ist gemischtrechtlicher Natur. Frage seiner Rechtswirksamkeit kann nicht dahingestellt gelassen werden, weil bei Fehlen derselben Verfahren ohne Sachentscheidung einzustellen ist (§ 260 Abs. 2 StPO.): RGSt. 59, 55; 60, 13; 65, 150; KG. 4 V 257/30.

a) Berechtigung (§§ 195 ff., 232 ff. StGB.; vgl. auch Nebengesetze zu § 374 StPO. Ziff. 8).

Der Ehemann ist bei einer seiner Frau zugefügten gefährlichen Körperverletzung nicht berechtigt, Privatklage zu erheben (KG. 1 S 1100/24: GoltdArch. 69, 411; 2 V 111/24; 4 V 7/27; 125/28; 321/28; 173/29); daher ist seine Klage durch Beschluß zurückzuweisen.

Ist gleichwohl Verfahren eröffnet, so muß geprüft werden, ob Tatbestand des § 223 a StGB. oder nur § 223 StGB. vorliegt; nur im Falle des § 223 a ist Einstellung auszusprechen (KG. 4 V 173/29).

Der Richter eines Richterkollegs hat gegenüber beleidigten Äußerungen gegen ein vom Kolleg ergangenes Urt. selbständiges Strafantragsrecht (KG. 4 V 375/29).

b) Form und Inhalt des Strafantrags (§ 61 StGB.; § 158 StPO.).

In dem Antrage braucht die Tat nur im allgemeinen bezeichnet zu sein; erforderlich ist aber, daß in ihm der Wille des Antragstellers zum Ausdruck gelangt, daß eine geschichtlich näher dargestellte Handlung als eine ihm gegenüber verübte konkrete Rechtsverletzung strafgerichtlich verfolgt wird (RGRspr. Str. 3, 125).

Aufzählung bloßer Paragraphen des StGB. genügt nicht (KG. 4 V 283/28); bloße Einreichung eines Armenrechtsgesuchs ist kein Strafantrag (KG. 4 V 224/28); ein solcher ist aber u. U. Einreichung einer Sühnebescheinigung mit dem Gesuch um Zeugenvernehmung (KG. 4 Gen XIII 2); der Antrag auf Bestrafung einer im Ausland begangenen Beleidigung braucht bei der deutschen Strafverfolgungsbehörde nur in den Formen des deutschen Rechts gestellt zu sein (RG.: Recht 1915 Nr. 966; KG. 4 V 115/29).

Mit der Anschuldigung, die Angekl. hätten Ende April zu X. fortgesetzt Äußerungen bestimmten Inhalts in bezug auf PrivKl. getan, sind alle bis dahin gefallenen Äußerungen dieses Inhalts zum Gegenstande des Strafantrags gemacht (KG. 4 V 302/29).

c) Teilbarkeit des Strafantrags (§ 63 StGB.).

Der im Offizialverfahren geltende Grundsatz der Unteilbarkeit des Strafantrags in persönlicher Hinsicht (§ 63 Satz 2 StGB.; KG. 4 S 80/28) findet auf das Privatklageverfahren seiner Natur nach keine Anwendung (KG. 1 V 35/20; 4 V 353/29). Unzulässig ist auch nicht die Teilung des Strafantrags in sachlicher Hinsicht, seine Beschränkung auf ein-

zelne voneinander trennbare Beleidigungen (RGSt. 62, 85; KG. 4 V 303/28; 284/30). Dagegen ist unzulässig die Beschränkung des Strafantrags bei mehreren Wendungen, die dem gleichen Vorwurf dienen, auf eine derselben und erst recht die Beschränkung auf bestimmte rechtliche Gesichtspunkte (KG. 4 V 244/28).

d) Rechtzeitigkeit des Strafantrags (§ 61 StGB.). Ermittelungen hierüber ebenso wie über a bis c von Amts wegen. Den Antragsteller trifft keine Beweislast; die Regeln über Beweisaufnahme und damit § 245 Abs. 2 StPO. sind nicht anwendbar (KG. 4 V 306/29). Zweifel über die Rechtzeitigkeit müssen sich zugunsten des Angeklagten auswirken (KG. 4 V 112/30).

Die Frist beginnt mit dem Tage der Begehung der Tat oder der Erlangung der Kenntnis von Tat und Person des Täters. Tatverdacht genügt nicht (RGSt. 45, 129; KG. 4 V 291/30); aber absolute Gewißheit ist nicht erforderlich. Kennenmüssen steht Kennen nicht gleich. Der Name des Täters muß dem Antragsberechtigten in einer Art bekannt geworden sein, die nach allgemeiner Lebenserfahrung berechtigte Zweifel nicht aufkommen läßt (KG. 4 V 29/31); für den Fall des § 17 Abs. 2 UnlWG. (KG. 4 V 56/31). Bei der Fristberechnung ist der Tag der Tat bzw. der erlangten Kenntnis in die Frist nicht einzurechnen. § 42 StPO. ist auf den Fall des § 61 S. 2 StGB. nicht anwendbar (RGSt. 1, 40; KG. 4 V 177/30).

Die Frist endigt, sofern ihr letzter Tag auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag fällt, in entsprechender Anwendung des § 193 BGB. mit dem Ablauf des nächstfolgenden Werktags (KG. 4 V 28/28; GoltdArch. 72, 350; 4 V 40/28).

Daß PrivKl. Sühne- und Armutsattest nicht früher beibringen konnte, steht Fristablauf nicht entgegen (BayObLGSt. 28, 146).

e) Zurücknahme des Strafantrags. Über Einschränkung des Strafantrags bzw. teilweise Klagerücknahme (KG. 4 V 187/30.)

5. Vollmachtnachweis ist bei Antragstellung, Klagerhebung u. Rechtsmitteleinlegung durch Bevollmächtigten bzw. Verteidiger innerhalb Antrags- bzw. Rechtsmittelfrist dem Gericht zu führen (gegen RGSt. 60, 281; 61, 357; sämtliche Strafsenate des KG. 2 S 662/26: HöchstRRspr. 1927, 48; 4 V 100/28); Ausnahme: für Ehemann und nahe Verwandte (Kinder) spricht Vollmachtsvermutung, deshalb insoweit kein Vollmachtsnachweis; ebenso, wenn Partei Rechtsmittel eingelegt hat und Bevollmächtigter es rechtfertigt (KG. 4 W 116/30).

Der Vollmachtnachweis kann auch in anderer Weise als durch Vorlage einer schriftlichen Vollmacht erbracht werden, z. B. durch den Akteninhalt (KG. 3 V 146/25; 4 V 266/30).

6. Privatklagebefugnis ist unvererblich. Ausnahme § 393 Abs. 2 StPO. verb. mit § 187 StGB. (KG. 4 V 114/30).

II. Klagevoraussetzungen sind diejenige Voraussetzungen, die nur für den Prozeßabschnitt Bedeutung haben, der mit der Klagerhebung beginnt und mit der Verfahrenseröffnung endigt.

1. Örtliche Unzuständigkeit des Privatklagerichters ist nach Eröffnung des Hauptverfahrens nur auf Einwand des Angeklagten auszusprechen (§ 18 StPO.).

Vor der Eröffnung gilt folgendes:

Wenn PrivKl. zwischen mehreren örtlichen zuständigen Gerichtsständen die Wahl hatte (§§ 7, 8 StPO.) und die Privatklage bei einem dieser Gerichtsstände eingereicht hat, so ist die getroffene Wahl endgültig (KG.: GoltdArch. 73, 374). Ist die Klage bei einem örtlich unzuständigen Gericht erhoben, so ist ihre Abgabe an örtlich zuständiges Gericht nur statthaft, wenn Benennung des Gerichts auf offensichtlichem Irrtum des PrivKl. beruht und Privatklagerichter zuvor die Berichtigung des Verlangens erwirkt hat, die Verhandlung vor dem nunmehr angerufenen Gericht stattfinden zu lassen. Bei nicht offensichtlichem Irrtum ist Klage mangels örtlicher Zuständigkeit abzuweisen (Senatsbeschlüsse 4 Gen XII/1 v. 7. Dez. 1928, 7. Nov. 1929, 13. Nov. 1930).

Eine Verweisung der Privatklage nach Verlesung des EB. an örtlich zuständiges Gericht ist unzulässig (KG. 4 V 138/29).

2. Der Sühneversuch und seine Bedeutung (§ 380 StPO.; PrSchiedsmannO. v. 3. Dez. 1924 und 25. Nov. 1926 [GS. 751/307]; AllgVfg. JustMin. v. 20. Dez. 1924 und 15. Jan. 1926 [JMBl. 1925, 9; 1926, 31]).

Der Sühneversuch ist nur Klag- und nicht Prozeßvoraussetzung; er ist daher nur für den Verfahrensabschnitt bis zum EB. erheblich. Mängel und Fehlen desselben werden durch den EB. geheilt (KG. 4 V 8/28; 25/28; 164/29; 168/29). Der Sühneversuch ist nicht erforderlich bei gefährlicher KV. (KG. 4 V 25/28).

Schiedsmannsprotokolle, in denen Geständnisse des Angeklagten enthalten sind, sind als Beweismittel für die Abgabe des Geständnisses nicht verlesbar (KG. 4 V 299/28: GoltdArch. 74, 29); jedoch ist Vorhalt des Geständnisses zulässig und unter Berücksichtigung des § 155 Abs. 2 StPO. geboten. Unterlassung solchen Vorhalts kann Rev. begründen (KG. 4 V 228/30; 245/30).

Der Beweisantrag, den Schiedsmann als Zeugen zu hören, kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, der Aufsichtsrichter verweigere grundsätzlich die Genehmigung zur Aussage, vielmehr ist von Amts wegen, notfalls im Beschwerdewege, zu versuchen, diese herbeizuführen (KG.: JW. 1930, 2591 [23]).

III. Armenrecht (§ 379 Abs. 3 StPO.; § 114 ZPO.). Bewilligung kommt nur für Privat- und Widerkläger in Betracht, nicht für Angeklagten als solchen. Diesem kann nur Offizialverteidiger bestellt werden (§ 141 StPO.).

Für die Entscheidung über den Antrag auf Armenrechtbewilligung in einer Rechtsmittelinstanz ist nur das Rechtsmittelgericht zuständig, für den Revisionszug also KG. (vgl. GoltdArch. 69, 448).

Die Anfechtbarkeit der Entsch. richtet sich nach den Vorschriften der ZPO. (KG. 4 W 184/28 sowie ständige Rspr.).

IV. Hauptverfahren.

1. Rechtliche Stellung der Perteien.

Durch die Erhebung der PrivKl. werden die Parteirollen derart festgelegt, daß grundsätzlich (Ausnahme: Widerklage) keiner Partei eine andere Parteirolle zuwachsen kann. Deshalb Verbindung zweier Privatklagen mit umgekehrtem Rubrum zwecks gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung unzulässig (KG. 4 V 311/30).

a) Privatkläger (§§ 384, 385 StPO.).

Er hat die Parteistellung der Staatsanwaltschaft, nicht ihre Amtsstellung, die ihr im Offizialverfahren gebührt. Daraus ergibt sich:

Auch die Angaben des PrivKl. sind entgegen den Angaben der StA. nicht ohne jeden Beweiswert und können dem Urt. zugrunde gelegt werden (KG. 4 V 161/29: JurRdsch. 1929 Nr. 1885). Der PrivKl. hat ebenso wie Angekl. Anspruch auf persönliches Gehör, und zwar auch neben seinem Vertreter; deshalb kann Aussetzungsantrag wegen eingetretener Verhandlungsunfähigkeit des PrivKl. nicht mit der Begründung abgelehnt werden, er sei vertreten (KG. 4 V 257/30); andererseits ist auch PrivKl. zu ihm vorgeworfener Gegenbeleidigung zu hören (KG. 4 V 269/31). Im Gegensatz zur StA. setzt Zulässigkeit des Rechtsmittels des PrivKl. Beschwerung voraus (vgl. dazu VI Rechtsmittelverfahren).

Auf unzulässige Beschränkung seiner „Verteidigung" i. S. § 338 Ziff. 8 StPO. kann sich PrivKl. nicht berufen; er kann ähnlich der StA. nur die Verletzung bestimmter anderer Verfahrensvorschriften rügen (KG. 4 V 124/30; 4 V 22/31).

b) Angeklagter.

Rechtsstellung wie im Verfahren auf erhobene öffentliche Klage. Auch er hat Anspruch auf persönliches Gehör; zur Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungsverhandlung genügt, daß er durch unabwendbaren Zufall am Erscheinen verhindert war; nicht erforderlich ist, daß er auch an der Bestellung eines Verteidigers verhindert war (KG. 4 W 628/28; GoltdArch. 73, 372, 373.)

c) Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien kann in der Hauptverhandlung zurückgenommen werden; demnächst kann zur Sache verhandelt werden (KG. 4 V 282/29).

2. Eröffnungsbeschluß. Der Tatrichter ist an die rechtliche Würdigung der Tat im EB. nicht gebunden. Der Beschluß ist auslegungs- und ergänzungsfähig (KG. 4 V 327/29).

3. Beweisaufnahme. Keine Beweisaufnahme in diesem Sinne ist die Erhebung von Beweisen zwecks Feststellung der Klag- und Prozeßvoraussetzungen.

a) Beweisanträge.

„Anregung" ist kein Beweisantrag, jedoch ist richterliches Fragerecht, ob dieser gestellt werden soll, geboten (RGSt. 54, 239; 4 W 64/30: JurRdsch. 1930 Nr. 1570).

aa) Allgemeines über Bescheide auf die vor der Hauptverhandlung gestellten Beweisanträge der Parteien: Entsch. des Vorsitzenden sind ihnen gem. § 290 Abs. 1 Satz 2 StPO. bekanntzugeben; bei Ablehnung unter Belehrung über das Recht zur unmittelbaren Ladung

gem. § 220 Abs. 1 StPO. (RGSt. 61, 377). Vor der Hauptverhandlung gestellte Beweisanträge dürfen nicht mit der Begründung beschieden werden, die Ladung sei bei der Kürze der Zeit nicht mehr mit Erfolg durchführbar (KG. 4 V 309/29). Bei Nichtbescheidung solcher Beweisanträge ist Antragsteller in der Hauptverhandlung über ihre Wiederholung zu befragen (RG.: JW. 1930, 2564 [32]; KG. a. a. O.).

In der Hauptverhandlung gestellte Beweisanträge sind als Prinzipalanträge, gleichgültig, ob sie sich auf präsente Beweismittel beziehen oder nicht, im Falle der Ablehnung durch begründeten, in der Hauptverhandlung zu verkündenden Beschluß zu bescheiden (§§ 244 Abs. 2, 245 Abs. 2 StPO.: KG. 4 V 92/29); die Ablehnung von Eventualbeweisanträgen braucht nicht in der Hauptverhandlung zu geschehen, muß aber in den Gründen des Urt. erfolgen (RG.: JW. 1930, 2793; KG.: GoltdArch. 72, 44). Zurückweisung eines trotz bereits erfolgter Ablehnung in der Hauptverhandlung wiederholten Beweisantrags durch Beschluß ist nicht erforderlich (KG. 4 V 267/28; vgl. auch RG.: JW. 1930, 931 [43]). Den Beweisanträgen des Vertreters bzw. Verteidigers gehen im Widerspruch dazu stehende Beweisanträge der gleichzeitig anwesenden Partei voraus (KG. 4 V 92/29).

Fragepflicht insbes. bei Zweifeln über Umfang und Bedeutung des Beweisantritts.

bb) Begründung der Ablehnung von Beweisanträgen in den Fällen der §§ 245 Abs. 2, 244 StPO.

Das Recht des Tatrichters, den Umfang der Beweisaufnahme unter den Voraussetzungen des § 245 Abs. 2 StPO. nach freiem, d. h. pflichtgemäßem Ermessen zu bestimmen, findet seine Grenze in der sich aus den §§ 155 Abs. 2, 244 Abs. 3 StPO. ergebenden Pflicht, im Strafverfahren die objektive Wahrheit zu erforschen (KG. 4 V 91/29; 6/30; 47/30; 314/30; BayObLG. 29, 175: JW. 1930, 3430 [10]).

Mit dieser Einschränkung gilt die pflichtgemäße Ermessensfreiheit nicht nur für präsente Beweismittel (§ 245 Abs. 1 StPO.), sondern auch für nicht präsente Beweismittel, deren Heranziehung Aussetzung der Verhandlung erfordert. Im Rahmen dieser Ermessensfreiheit genügt Ablehnung mit der Begründung: „die Sachlage ist genügend geklärt" (KG. 4 V 243/28; 28/29; 354/29; 45/30; 138/30). Steht die Vernehmung eines Zeugen in Frage, der sich durch wahrheitsgemäße Aussage einer strafbaren Handlung bezichtigen müßte, so kann Nichterhebung so wenig erfolgversprechenden Beweises Aufklärungspflicht des § 155 Abs. 2 StPO. nicht verletzen (KG. 4 V 263/30).

Unzulässig, weil den Verdacht erweckend, daß sich Tatrichter obiger Begrenzung des Rechts auf Beschränkung der Beweisaufnahme nicht bewußt gewesen ist, ist dagegen Ablehnung aus dem Grunde: „weil das Gericht nach § 245 Abs. 2 StPO. den Umfang der Beweisaufnahme bestimmt (KG. 4 V 175/30).

Wird die Ablehnung nicht auf genügende Klärung des Sachverhalts gestützt (§ 245 Abs. 2 StPO.), sondern auf andere Gründe, so sind die im Anschluß an § 244 StPO. vom RG. entwickelten Rechtsgrundsätze beachtlich und die Gründe auch zwecks Nachprüfung durch das RevG. in die Sitzungsniederschrift aufzunehmen (KG. 4 V 256/28; 354/29; 138/30).

Die Ablehnung wegen „Unbestimmtheit des Antrags" ist unzulässig, sofern nicht Ausübung der Fragepflicht zwecks Erzielung einer Vervollständigung ergebnislos gewesen ist (RG.: JW. 1930, 934 [46]; KG. 4 V 138/30).

Ablehnung wegen „Unerheblichkeit" erfordert zwecks Nachprüfung durch RevG. nähere Angabe, ob und aus welchen Gründen tatsächlich oder rechtlich unerheblich (RG.: JW. 1921, 587; 1924, 1251; 1930, 933 [45]; KG. 4 V 243/28; 45/30).

Ablehnung mit der Begründung, daß durch die Ablehnung die Verteidigung des Angekl. nicht erschwert werde, ist unzulässig (KG. 4 V 175/30).

Ablehnung wegen Verschleppungsabsicht ist nur zulässig, wenn Antrag nicht ernstlich gemeint, sondern nur verschleppen will (RG.: JW. 1930, 1313 [16]; 1505 [16]; KG. 4 V 354/29).

Ablehnung wegen Wahrunterstellung erfordert ausdrückliche Würdigung der als wahr unterstellten Tatsachen. Es ist Kenntlichmachung geboten, ob das Gericht von der Wahrheit überzeugt und deshalb bereit ist, Tatsache als wahr zu behandeln, oder ob es die Tatsache nur als unwiderlegt erachtet, oder nur als wahr behandeln will (RGSt. 61, 359: JW. 1930, 935 [57]; KG. 4 V 87/30; 153/30; Alsberg, Beweisantrag S. 112 f.). Wahrunterstellung der den Gegenstand der Privatklage bildenden Tatsachen ist regelmäßig schon mit Rücksicht auf §§ 155 Abs. 2, 264 StPO. unzulässig (RG.: JW. 1930, 2540 [10]; KG. 4 V 16/30); nur ausnahmsweise ist sie statthaft, wenn aus wahrunterstellter Tatsache keine nachteiligen Schlüsse gegenüber den Angekl. zu ziehen sind (KG. 4 V 87/30).

Zur Zulassung von Beweisanträgen über die Glaubwürdigkeit von Zeugen (RG.: JW. 1930, 153 [34], 760 [10], 1068 [16]).

Zum Umfang der Beweisaufnahme bei internen Vorgängen, wie Geschlechtsverkehr (KG. 4 V 344/30).

b) Beweisermittlungsanträge.

Anträge, deren Erledigung dem Antragsteller erst die Beschaffung geeigneten Beweismaterials ermöglichen soll, unterliegen dem pflichtgemäßen richterlichen Ermessen (RGSt. 24, 423; GoltdArch. 43, 114; JW. 1930, 760 [10]). Nicht jeder Antrag, der sprachlich als Ermittlungsantrag erscheint, ist ein solcher, z. B. wenn Zeuge darüber gehört werden soll, „warum" PrivKl. von seiner Firma entlassen ist, sofern sich bei näherer Befragung ergibt, daß unter Beweis gestellt sein soll, daß bestimmter Entlassungsgrund vorgelegen habe (KG. 4 V 16/30). Kein Beweisermittlungsantrag ist Ersuchen um Heranziehung von Akten, wenn darin bestimmt enthaltene Urkunde verlesen werden soll; anders wenn Heranziehung zwecks Feststellung erfolgen soll, ob Urkunde in den Akten enthalten ist (KG. 4 V 92/29; 95/30).

c) Einzelne Beweismittel.

aa) Akten.

Im Gegensatz zum Zivilprozeß ist es im Strafprozeß unzulässig, auf Akten „Bezug zu nehmen" und sie zum Gegenstande der Verhandlung zu machen; zulässig ist vielmehr nur Verlesung (§§ 249 ff. StPO.) oder Vorhalt bestimmter Schriftstücke aus den Akten und eine dahingehende Feststellung in der Sitzungsniederschrift (RGSt. 5, 27; 25, 125; 35, 198; KG. 4 V 311/28; 352/29; 9/30).

bb) Sachverständigengutachten.

Sachverständige sind bei Anwesenheit mit der sich aus § 245 Abs. 2 ergebenden Einschränkung anzuhören; Ladung nicht anwesender Sachverständiger und dazu Aussetzung der Verhandlung ist regelmäßig Ermessensfrage (§§ 78, 73 StPO.). Das gilt auch für die Anhörung von Sachverständigen über Verstandesschwäche von Zeugen, die nach § 57 Ziff. 1 StPO. Beeidigung ausschließt (KG. 4 V 172/30); die Notwendigkeit der Vernehmung liegt dagegen vor, wenn Fall derart gelagert ist, daß Tatrichter nach den Erfahrungen des täglichen Lebens der erforderlichen Sachkunde ermangelt (RGSt. 61, 273: JW. 1930, 1006 [23]; JurRdsch. 1930 Nr. 1569); über die Grenzen eigener Erkenntnismöglichkeit (KG. 4 V 275/31).

cc) Urkundenbeweis (vgl. RG.: JW. 1930, 936 [48]; 2565 [34]); über Verlesbarkeit ärztlicher Atteste und Bescheinigungen (KG. 4 V 30/28).

dd) Augenscheinseinnahme. Über ihre Notwendigkeit entscheidet gleichfalls pflichtgemäßes richterliches Ermessen (RGSt. 31, 138; 47, 108: JW. 1930, 933 [44]; KG. 4 V 106/30); Berücksichtigung des § 155 Abs. 2 StPO. notwendig (KG. 4 V 256/28; 316/30).

4. Beweiswürdigung. Beweisregeln kennt StGB. nur im Ausnahmefalle des § 190 StGB. Der Wahrheitsbeweis ist als erbracht anzusehen, wenn die behauptete oder verbreitete Tatsache eine strafbare Handlung betrifft und Beleidigter deswegen rechtskräftig verurteilt ist. Andererseits ist Wahrheitsbeweis als widerlegt zu erachten, wenn er deshalb rechtskräftig freigesprochen ist.

Vgl. ferner Beweisregel für StPO.: Beweiskraft der Sitzungsniederschrift nach positiver und negativer Richtung (§ 274 StPO.).

§ 190 StPO. muß dem Angekl. nicht nur in Fällen des § 186 StGB., sondern auch in Fällen des § 185 StGB. zugute kommen (KG. 4 V 248/28: GoltdArch. 73, 309); jedoch ist § 190 StGB. Ausnahmevorschrift und setzt Urteilsspruch in geordnetem gerichtlichen Verfahren voraus, daher nicht anwendbar auf Ehrengerichtssprüche von Rennvereinen (KG. 4 V 133/28).

Im übrigen gilt grundsätzlich freie Beweiswürdigung (§ 261 StPO.), die ebenso wie den Angaben der Zeugen auch den Angaben des Angeklagten und PrivKl. folgen kann (KG. 4 V 19/27; 161/29: JurRdsch. 1929 Nr. 1885). Auch Geständnisse zwingen nicht zum Schuldspruch (KG. 4 V 97/30).

Die Beweiswürdigung darf aber nicht zu allgemeinen Erfahrungstatsachen in Widerspruch treten, z. B. daß bestimmte Beleidigungen in Bürgerkreisen nicht als solche empfunden werden (KG. 4 V 268/28). Über Revisibilität der Beweiswürdigung (vgl. RG.: JW. 1930, 715 [18]). Schuldausschließungsgründe sind dann zu würdigen, wenn Angeklagter sie geltend gemacht hat oder Sachlage es geboten erscheinen läßt (KG. 4 V 312/29; 4 V 77/30).

5. Sitzungsniederschrift. Es ist ordnungsgemäße Anfertigung zwecks Vermeidung der Schmälerung der Parteirechte erforderlich, wichtig wegen § 274 StPO. Schriftlich überreichte Beweisanträge gelten ohne Verlesung als gestellt. Ihre Stellung ist ebenso wie die hilfsweiser Beweisanträge zu protokollieren (RG.: JW. 1930, 1505[16]; KG. 4 V 309/29). Fehler der Sitzungsniederschrift oder Mängel haben Ausschluß ihrer Beweiskraft zur Folge (RG.: JW. 1930, 1069).

Protokollberichtigung ist nach erhobener Prozeßbeschwerde unzulässig (RGSt. 56, 29; 59, 431).

6. Widerklage wegen wechselseitiger — nicht notwendig auf der Stelle erwiderter — Beleidigung oder Körperverletzung; ist bis zur Beendigung der Schlußvorträge (§ 258 StPO.) in erster Instanz zulässig (KG. 4 V 24/30; 104/30). Zur Wahrung des Antragsrechts genügt Anbringung bei zuständiger Stelle (KG. 2 V 225/11).

Das Recht zur Stellung des in der Widerklage zum Ausdruck gelangenden Gegenantrags auf Bestrafung (§§ 198, 232 Abs. 3 StGB.) ist davon unabhängig, daß bereits im Zeitpunkt der Stellung des Gegenantrags, der nicht notwendig der Form der Widerklage bedarf (KG.: GoltdArch. 63, 341), vielmehr als solche ohne Rücksicht auf Vorbehalt der Erhebung der Widerklage aufzufassen ist (KG. 4 V 284/30), die für die selbständige Strafantragsstellung bestimmte Dreimonatsfrist (§ 61 StGB.) abgelaufen ist. Mit § 198 StGB. ist aber nur Zeitpunkt der Zulässigkeit ad quem festgelegt, nicht Zeitpunkt der Zulässigkeit a quo. Für diesen kommt es nicht darauf an, ob die die Widerklage bildende Tat innerhalb der letzten drei Monate seit Klagerhebung begangen ist, sondern ausschließlich darauf, ob sie bei Begehung der den Gegenstand der Privatklage bildenden Tat noch verfolgbar war (KG. 2 V 168/10: GoltdArch. 58, 231, auch 60, 483; KG. 4 V 251/29; 327/29; 175/30; BayObLG.: JW. 1930, 2575).

Die Widerklage setzt im übrigen außer wechselseitigen Privatklagedelikten Zusammenhang mit dem den Gegenstand der Klage bildenden Vergehen voraus (§ 388 StPO. n. F.; RGes. v. 8. Juli 1922).

Zusammenhang erfordert nicht engen tatsächlichen Zusammenhang (KG. 4 V 257/29 [mit Entstehungsgeschichte]).

Ein Zusammenhang ist vielmehr schon dann zu bejahen, wenn wegen irgendeiner Verknüpfung der Verfahrensgegenstände miteinander ihre gemeinsame Verhandlung und Entsch. zweckmäßig erscheint (KG. a. a. O.). Deshalb Zusammenhang bejaht, wenn wechselseitige, auch zeitlich auseinanderliegende, auf dauernde Spannung zwischen Hausbewohnern zurückzuführende Privatklagedelikte vorliegen (KG. 4 V 24/30; 221/30: JW. 1924, 1682, 1686).

Unzulässigkeit der Privatklage und Einstellung des PrivKl.-Verfahrens hat auch zwangsläufig Einstellung des Widerklageverfahrens zur Folge (KG. 4 V 177/30: GoltdArch. 75, 26; 234/30; ObLG. München: LZ. 1927 Sp. 55; JurRdsch. 1930 Nr. 1777).

Ausnahme: Zurücknahme der Privatklage (§ 388 Abs. 3 StPO.); Einschränkung jedoch dahin: Wenn bereits ein Teil der Privatklage zurückgenommen ist, ist für die Erhebung der Widerklage kein Raum mehr, die nur mit zurückgenommenem Teil in Zusammenhang steht (KG. 4 V 295/28).

7. a) Erweiterung der Privatklage und Widerklage im Laufe des Verfahrens.

Die Einbeziehung weiterer Privat- oder Widerklagevergehen, deren Begehung in die Zeit nach dem EB. oder der Zulassung der Widerklage fällt, oder von denen Privat- oder Widerkläger erst im Laufe des Verfahrens Kenntnis erhält, setzt, soweit derselben aus dem Gesichtspunkt des Fortsetzungszusammenhangs keine Bedenken entgegenstehen, als Verfolgung neuer selbständiger Straftaten im gleichen Verfahren voraus, daß Privat- bzw. Widerkläger auch auf ihre Bestrafung anträgt und der Betroffene mit der Einbeziehung in das Verfahren einverstanden ist (§§ 384, 266 StPO.). Anderenfalls ist die Einbeziehung unzulässig (KG. 4 V 104/30; JW. 1930, 2815[34]; 4 V 257/30).

b) Beitritt zur Privat- und Widerklage.

Stellt sich eine Körperverletzung gegenüber der Ehefrau als gefährliche heraus, so kann der Mangel der vom Ehemann aus eigenem Recht erhobenen Klage durch den Beitritt der Ehefrau geheilt werden (KG. 4 V 11/31).

Verletzt eine vom Beschuldigten zum Gegenstande der Widerklage gemachte Beleidigung gleichzeitig einen Dritten, so steht diesem der Beitritt zur Widerklage zu (KG. 4 V 284/30).

8. Aussetzung der Verhandlung.

Die Aussetzung der Verhandlung gemäß § 191 StGB. bis zum Erlaß des Beschlusses, daß die Eröffnung der Untersuchung wegen der den Gegenstand der Beleidigung bildenden strafbaren Handlung nicht stattfindet, oder bis zur Beendigung der eingeleiteten Untersuchung gilt nicht nur für die Fälle des § 186 StGB., sondern auch die des § 185 StGB. (KG. 4 V 248/28: GoltdArch. 73, 309).

9. Einstellung des Privatklageverfahrens.

a) Privatklagerücknahme und Vergleich.

Eine Einschränkung des Strafantrags braucht noch nicht notwendig teilweise Rücknahme der Privatklage zu sein (KG. 4 V 187/30). Verzicht des einen Ehegatten auf Strafverfolgung berührt Klagerecht des anderen Ehegatten nicht (KG. 4 V 353/29).

Rücknahme des Strafantrags wie der Klage, sowie Vergleiche können bei Vermeidung ihrer Rechtsunwirksamkeit nicht von Bedingungen abhängig gemacht werden (RGSt. 6, 152; KG. 4 V 321/28; 304/29; Fritze: GoltdArch. 51, 295).

Rücknahme der Privatklage kann weder widerrufen, noch angefochten werden (KG. 4 W 75/31).

Die vergleichsweise Erklärung der Rücknahme der Privatklage vermag nur, wenn sie vor dem Privatklagerichter erklärt ist, die Verfahrenseinstellung zu rechtfertigen; nicht dagegen, wenn sie in außergerichtlichen Vergleichen oder vor anderem als dem Privatklagerichter erklärt wird und ohne Willen des PrivKl. zur Kenntnis des Privatklagerichters gelangt. Solche Erklärungen stellen vielmehr nur Verpflichtungen zur Rücknahme der Privatklage dar (RGSt. 42, 60), und vermögen die vor dem Privatklagerichter abzugebende Erklärung der Klagerücknahme nicht zu ersetzen (KG. 4 V 169/29).

b) Einstellung des Verfahrens aus anderen Gründen.

aa) Im Falle des Fehlens rechtswirksamen Strafantrags (vgl. Ziff. 9 a).

bb) Wegen politischer Beweggründe (vgl. Ges. v. 14. Juli 1928; RGBl. 195).

Zum Rechtsbegriff (KG. 4 V 164/28; 96/29: JW. 1929, 2767[16]; BayObLGSt. 28, 219, 222).

cc) Tod einer der Parteien;

αα) des Privatklägers: Einstellung des Privatklageverfahrens durch Gerichtsbeschluß (§ 393 StPO.); Kosten trägt Nachlaß; anders § 465 Abs. 2 StPO.;

ββ) des Privatbeklagten: Kein Einstellungsbeschluß mit Kostenentscheidung, sondern nur aktenmäßige Feststellung der Verfahrensbeendigung. Keine Kostenentscheidung, da jede Partei die ihr erwachsenen Kosten zu tragen hat (KG. 4 V 310/28; 370/29: JurRdsch. 1930 Nr. 859; RG.: JurRdsch. 1926 Nr. 993; JW. 1924, 1789[15]; KG. 4 W 52/30: JW. 1930, 1524[34]; KG. 4 W 370/29: GoltdArch. 75, 67).

10. Schlußformalien der Verhandlung.

a) Letztes Wort des Angekl. (§ 258 Abs. 3 StPO.). Beschränkung auf bestimmte Sprechzeit unzulässig (RGSt. 64, 57; JW. 1930, 2567[36]); über Reihenfolge der Schlußvorträge (RG.: JW. 1930, 2571[40]); bei Klage und Widerklage genügt Worterteilung als solche; diese muß aber gewährt sein (RG.-St. 61, 317/8; KG. 4 V 105/30).

b) Rechtsmittelbelehrung (§ 268 Abs. 3 StPO. n. F. gemäß Ges. v. 27. Dez. 1926; vgl. dazu AllgVfg. JustMin. vom 2. Jan. 1928, JMBl. S. 12, Vordr. Nr. 89, 113; dazu Erlaß KGPräs. I 4 A 2219 v. 22. Jan. 1930).

Nicht oder nicht ordnungsmäßige Belehrung kann Wiedereinsetzungsgrund sein (RG.: JW. 1930, 2562[29]; KG. 4 W 78/30).

c) Ausbleiben des PrivKl. im Verkündungstermin.

§ 391 Abs. 2 StPO. ist nicht anwendbar. Urteil ist wie beim Ausbleiben des Angeklagten zu verkünden und persönlich zuzustellen (KG. 4 W 501/28; 4 V 85/29; 4 W 133/30; JurRdsch. 1928 Nr. 299; JW. 1930, 2593[30]).

V. Urteil.

Bezugnahme auf Schriftstücke ist nur zur Ergänzung der Sachdarstellung zulässig (RGSt. 62, 216); im BU. ist Bezugnahme auf die Gründe des Erstrichters nur in Ausnahmefällen zulässig, insbes. dann, wenn bei ihr die tatsächlichen und rechtlichen Anführungen des Erstrichters genau abgegrenzt werden (RGSt. 59, 78, 427; GoltdArch. 69, 92); unzulässig ist Bezugnahme auf Gründe des Erstrichters in tatsächlicher Beziehung bei anderweiter Beweisgrundlage (KG. 4 V 31/29, 365/29: GoltdArch. 74, 383).

VI. Rechtsmittelverfahren.

Die fälschliche Bezeichnung eines Urteils als Beschluß hindert nicht die Einlegung des gegen die Entscheidung als Urteil gegebenen Rechtsmittels (RG.: JW. 1930, 3555[14]).

Entscheidungen auf Klage und Widerklage sind gesondert anfechtbar (KG. 3 V 54/25: JW. 1925, 1034[17]).

1. Feststellung der Art des eingelegten Rechtsmittels (Rechtsmittel im weiteren Sinne).

Es entspricht ständiger Rechtsübung, Eingaben einer durch ein Strafurteil betroffenen Person, mit denen sie eine Abänderung der sie beschwerenden Entsch. begehrt, in verfahrensrechtlicher Beziehung die Bedeutung beizumessen, daß dasjenige Rechtsmittel oder derjenige Rechtsbehelf als eingelegt zu erachten ist, der dem Betroffenen am ehesten zu dem von ihm angestrebten Erfolge verhilft. Wird danach ein BU. unter neuem Beweisangebot angefochten, durch das die Berufung einer der Parteien verworfen worden ist (§§ 329, 391 Abs. 3 StPO.), oder macht eine der Parteien gegenüber solchem BU. geltend, daß sie am Erscheinen verhindert gewesen sei, so ist das Gesuch ungeachtet entgegenstehender Bezeichnung nicht notwendig als Rev., sondern in Berücksichtigung des § 300 StPO. als Wiedereinsetzung gem. §§ 329 Abs. 2, 391 Abs. 4 StPO. anzusehen und demgemäß zu behandeln (KG. 4 V 118/30: JurRdsch. 1930 Nr. 1571: KG. 4 W 396/31).

2. Einlegung des Rechtsmittels.

a) Voraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsmittels

ist Beschwerung der das Rechtsmittel einlegenden Partei: durch den Urteilstenor. Unzulässig ist ein Rechtsmittel des PrivKl. gegen ein den Angekl. wegen Beleidigung zu Strafe verurteilendes Erkenntnis mit der Begründung, Beleidigungen seien noch in weiteren Wendungen zu erblicken (KG. 4 V 317/29: JW. 1930, 951[17]); dies jedenfalls, wenn Wendungen in untrennbarem Zusammenhang miteinander stehen, z. B. der Begründung eines und desselben Vorwurfs dienen sollen (KG. 4 V 281/30; 4 V 72/31); Grund: weil Rechtsmittel gegen Entscheidungsgründe unzulässig (RGSt. 63, 185).

Zulässig ist Rechtsmitteleinlegung bereits nach der Verkündung der Urteilsformel auf der Geschäftsstelle (KG. 4 W 112/30: GoltdArch. 74, 387).

b) Entscheidung der Partei über Art des einzulegenden Rechtsmittels.

Alternative und kumulative Einlegung von Berufung und Revision sind unzulässig. Zum mindesten muß in der Einlegungsfrist erklärt werden, welches Rechtsmittel durchgeführt werden soll (KG. 4 V 59/28: JW. 1930, 1322[12]).

In gleicher Weise ist auch Umwandlung des ursprünglich gewollten Rechtsmittels in anderes Rechtsmittel, wie Berufung in Springrev. unzulässig (RGSt. 60, 354/55).

Die Frage, ob nur unschädlicher Irrtum in der Bezeichnung des Rechtsmittels, nicht in der Wahl vorliegt (§ 300 StPO.), unterliegt der freien Beweiswürdigung des Rechtsmittelgerichts (KG. 1 S 802/27: JurRdsch. 1928 Nr. 298; KG. 4 V 59/28; 95/28; 4 W 17/30).

c) Einlegung von Rechtsmitteln durch Bevollmächtigte.

PrivKl. kann sich bei Einlegung der Vermittlung anderer Personen als eines Rechtsanwalts bedienen, z. B. Ehegatten. § 378 StPO. steht dem nicht entgegen (KG. 4 W 365/28; 54/30; 4 V 218/28). Das gleiche gilt vom Angekl. (KG. 4 W 189/30: JW. 1930, 3445[21]).

d) Form der Einlegung.

Dem Mangel des Fehlens einer Unterschrift unter der Rechtsmittelschrift kann nicht ausnahmslos die Bedeutung beigemessen werden, daß er die Unzulässigkeitserklärung des Rechtsmittels zur Folge hat (KG. 4 W 493/28; RG.: JW. 1930, 2569[39]).

e) Fristbeginn für die Einlegung.

In Abwesenheit der Parteien verkündete Urt. setzen die Frist für die Einlegung des Rechtsmittels erst mit der Urteilszustellung in Lauf; das gilt für beide Parteien in gleicher Weise (KG. 4 W 501/28; 4 W 133/30). Ist einmal das Urt. dem PrivKl. persönlich zugestellt, so vermag die nachträgliche Urteilszustellung an seinen Vertreter auf die bereits durch die erste Zustellung in Lauf gesetzte Rechtsmittelfrist keinen Einfluß auszuüben (KG. 4 V 197/28).

3. Rechtfertigung des Rechtsmittels.

Die Springrev. kann im Hinblick auf § 340 StPO. nicht mit absoluten Revisionsgründen, soweit sie nicht von Amts wegen beachtlich, begründet werden, z. B. Rüge der Verletzung des § 338 Ziff. 7 StPO. (KG. 4 V 101/29).

Zur Bestimmtheit geltend gemachten Verfahrensrügen (KG. 4 V 336/30).

Die Rev. ist gem. § 335 Abs. 3 StPO. auch dann als Berufung zu behandeln, wenn der wegen zweier selbständiger Straftaten zur Verantwortung gezogene Angekl., der unter Freisprechung von der einen Tat wegen der anderen verurteilt ist, gegen den verurteilenden Teil Rev., der PrivKl. aber gegen den freisprechenden Teil Berufung einlegt (KG. 4 V 14/31).

4. Beschränkung des Rechtsmittels auf rechtliche Gesichtspunkte ist unzulässig (RG.: JW. 1930, 2571[41]). Beschränkung auf Straffrage schafft Rechtskraft für Schuldspruch; § 301 StPO. muß diesem Grundsatz weichen (KG. 4 V 162/29; BayObLG.: JW. 1930, 3431[12]). Annahme einer Beschränkung erfordert zweifelsfreie Erklärung (RGSt. 58, 372; 62, 14; KG. 4 V 6/31).

Beschränkung des Rechtsmittels auf Entsch. zur Widerklage schafft Rechtskraft für Entsch. auf Privatklage (§ 388 Abs. 2 StPO.), wonach über Klage und Widerklage gleichzeitig zu entscheiden ist, hat der teilweisen Rechtskraft zu weichen (§§ 318, 327 StPO.; KG. 4 V 234/30).

5. Wirkung des Rechtsmittels des PrivKl.

Unter der Voraussetzung seiner Zulässigkeit teilt das Rechtsmittel des PrivKl. die Bedeutung mit dem Rechtsmittel der StA., daß das angefochtene Urteil auch zugunsten des Beschuldigten abgeändert oder aufgehoben werden kann (§§ 390 Abs. 1 Satz 3, 301 StPO.).

6. Rücknahme und Verzicht des Rechtsmittels.

Es ist zweifelsfreie Erklärung erforderlich; Vertreter bedarf dazu ausdrücklicher Ermächtigung (RG.: JW. 1930, 3419[34]).

7. Ausbleiben und Nichtvertretensein der Parteien in der Berufungsverhandlung.

a) Wenn nur der Privatkläger die Berufung eingelegt hat

und in der Hauptverhandlung weder erschienen noch durch einen Anwalt vertreten ist, oder in der Hauptverhandlung oder in einem andern Termin ausgeblieben ist, obwohl das Gericht sein persönliches Erscheinen angeordnet hatte, so ist die Berufung des PrivKl. unbeschadet der Vorschrift des § 301 StPO. sofort zu verwerfen (§ 391 Abs. 3 StPO.). Das gleiche gilt, wenn PrivKl. eine Frist (z. B. zur Angabe des einzigen Tatzeugen) nicht innegehalten hat, die ihm unter Androhung der Verfahrenseinstellung gesetzt war. Fristsetzungen lediglich zur Zahlung von Auslagenvorschüssen (§ 84 f. DGKG.) sind auf Grund der Vorschrift unzulässig (KG. 4 W 497/31).

Die sofortige Verwerfung setzt danach voraus, daß gegen den Angekl. ein freisprechendes Urt. ergangen ist. War er verurteilt, so bedarf es der Prüfung, ob nicht Berufung des PrivKl. die Folge des § 301 StPO. haben kann. Die Verwerfung setzt ferner voraus, daß der PrivKl. ohne genügende Entschuldigung ausgeblieben ist (entspr. § 329 StPO.). Darüber pflichtgemäßes Ermessen entscheidend. Überspannung der Anforderungen an die Entschuldigung ist unzulässig. Sind vorerwähnte Voraussetzungen gegeben, so ist § 391 Abs. 3 entgegen § 329 Abs. 1 StPO. nicht auf die Fälle des ersten Berufungstermins beschränkt, sondern auf jede Verhandlung im Berufungsverfahren anwendbar, greift also auch nach Aufhebung eines Urt. und Zurückverweisung der Sache durch das RevG. Platz (KG. 4 V 174/29).

b) Wenn sowohl Angekl. als PrivKl. Berufung gegen ein den Angekl. verurteilendes Erkenntnis eingelegt haben,

und wenn PrivKl. in der Berufungsverhandlung ausbleibt: Verhältnis des § 391 Abs. 2 zu Abs. 3 StPO.

Alsdann ist auf Verwerfung der Berufung des PrivKl. zu erkennen, nicht auf Verfahrenseinstellung. Es ist also nur § 391 Abs. 3 StPO. mit der sich aus § 301 StPO. ergebenden Einschränkung, nicht § 391 Abs. 2 StPO. anwendbar (KG. 4 V 102/30: JW. 1930, 2593[31]).

c) Wenn nur der Angekl. Berufung eingelegt hat.

Wenn alsdann der PrivKl. „in" der Hauptverhandlung, d. h. im Verlaufe derselben weder erscheint noch durch einen RA. vertreten wird oder trotz Anordnung seines persönlichen Erscheinens ausbleibt und sein Ausbleiben ungenügend entschuldigt ist, so gilt Privatklage als zurückgenommen und ist demgemäß das Verfahren einzustellen (§ 391 Abs. 2 StPO.). Die Entschuldigung kann auch noch in der Hauptverhandlung dargetan werden (KG. 4 V 324/31). Die Vorschr. des § 391 Abs. 2 StPO. ist nicht anwendbar, wenn der PrivKl. im Laufe der Verhandlung erscheint (KG. 3 V 222/27: HöchstRRspr. 1928 Nr. 582).

Wenn in den Fällen b und c der Angekl. als Beschwff. ungenügend entschuldigt ausbleibt, obwohl sein persönliches Erscheinen angeordnet ist, so ist seine Berufung gem. § 329 StPO. sofort zu verwerfen. Diese Ausnahmevorschrift ist aber eng auszulegen und nur anwendbar, wenn Angekl. zu Beginn der ersten Hauptverhandlung vor dem BG. nicht erschienen ist (RGSt. 63, 11; KG. 4 S 87/28); nicht, wenn Angekl. in der Berufungsverhandlung nach Aufhebung des Urt. und Zurückverweisung der Sache durch RevG. ausbleibt (RGSt. 61, 273; KG. 4 V 87/28; 174/29: 4 V 35/31; 2 S

306/29: GoltdArch. 75, 56). Gegen den in der Hauptverhandlung ordnungsgemäß vertretenen Angekl., dessen persönliches Erscheinen nicht angeordnet ist, kann niemals Kontumazialurteil ergehen (arg. § 387 Abs. 1 StPO.) (KG. 4 V 308/30).

Die sofortige Verwerfung darf nicht ohne Prüfung der Frage erfolgen, ob das Ausbleiben des Angekl. als entschuldigt anzusehen ist (RGSt. 62, 420).

Die Ladung zur Hauptverhandlung muß dem Angekl. persönlich, darf nicht nur seinem Vertreter zugestellt sein (RG.: JW. 1929, 2742). Über die Androhung der Rechtsnachteile in der Ladung (KG. 4 V 331/30; 4 S 102/30).

Etwaige Entschuldigungsgründe sind von Amts wegen zu berücksichtigen (RGSt. 62, 420: JW. 1930, 67).

Zum Begriff des „Ausbleibens" (RGSt. 61, 175, 278; 63, 10: JW. 1928, 417[29]; 1930, 716[19]; 938[44]; 2565[33]; 2572[43]).

Fristen i. S. des § 391 Abs. 2, 3 StPO. können zur Zahlung von Auslagen- und Gebührenvorschüssen mit der Androhung der Folgen der Vorschriften nicht gesetzt werden, da die Folgen der Nichtzahlung in §§ 84 ff. DGKG. erschöpfend geregelt sind (KG. 3 W 23/24; 221/27; 4 W 497/31).

8. Zur Beschwerde gegen Verfahrenseinstellung in Ber. Inst. wegen Ausbleibens des PrivKl. und zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (KG. 4 W 283/30).

B. Sachlich-rechtliche Grundsätze.

I. Privatklagedelikte.

AA. Beleidigungen (§ 374 Abs. 1 Ziff. 2 StPO.; §§ 185 ff. StGB.) sind Angriffe auf die Ehre eines andern durch vorsätzliche Kundgebung der Nicht- oder Mißachtung (RGSt. 5, 433).

1. Verhältnis des § 185 zu § 186 StGB.

§ 185 StGB. gewährt Strafschutz für den Gattungsbegriff der Beleidigung; § 186 StGB. hebt aus diesem Gattungsbegriff als Sondertatbestand die Behauptung und Verbreitung ehrenrühriger Tatsachen in Beziehung auf einen andern heraus, stellt sie in besondere Strafvorschrift und berücksichtigt bei ihr strafschärfend die Fälle, in denen die Behauptung oder Verbreitung öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen begangen ist (RGSt. 41, 277, 286).

Die den Sondertatbestand des § 186 StGB. erfüllende Beleidigung kann danach regelmäßig nicht gleichzeitig eine nach § 185 StGB. strafbare Beleidigung sein. Das ist auch dann ausgeschlossen, wenn es sich um eine innerlich zusammenhängende Kundgebung handelt, in welcher Tatsachenbehauptungen beleidigender Art und daneben zugleich einzelne beleidigende Ausdrücke enthalten sind, die lediglich der näheren Kennzeichnung des in den Tatsachenbehauptungen hervortretenden Verhaltens dienen sollen. Tateinheit ist nur möglich, wenn einheitliche Kundgebung die Behauptung ehrenrühriger Tatsachen und zugleich eine davon verschiedene Formalbeleidigung enthält (RG.: JW. 1930, 270[16], 3401[9] = Recht 1930 Nr. 188).

Eine beleidigende Äußerung gegenüber dem durch sie Betroffenen erfüllt noch nicht dadurch auch den Tatbestand des § 186 StGB., daß sie in Gegenwart dritter Personen fällt (KG. 4 V 162/29; 153/30); vielmehr muß hierzu zum mindesten das subjektive Moment hinzukommen, daß sich Täter durch die in Gegenwart Dritter ins Gesicht gesagte Beleidigung bewußt war, den Betroffenen gerade in den Augen der Dritten herabzusetzen (KG. 4 V 326/29).

Tateinheit zwischen beiden Vorschriften wird danach nur ausnahmsweise gegeben sein; dies u. a. dann, wenn sich Beleidigung in erster Linie gegen Betroffenen selbst richtet und nur zugleich auch zur Weitergabe an Dritte bestimmt ist (KG. 4 V 153/29; 109/30); oder wenn ein beleidigender Brief gleichzeitig in Urschrift an den Betroffenen selbst, in Abschrift an dritte Personen gesandt wird (KG. 4 V 229/30).

Vgl. auch RG.: LZ. 1914, 1364 Nr. 27; RGSt. 62, 84; KG. 4 V 224/28.

2. Für die Tatbestände der §§ 185 und 186 StGB. gemeinsame Grundsätze.

a) Nach der äußeren Tatseite.

Der Tatrichter hat bei wörtlichen Beleidigungen den Sinn der Äußerung nach ihrer sprachlichen Fassung unter Berücksichtigung des allgemeinen Sprachgebrauchs und der volkstümlichen Ausdrucksweise sowie insbes. nach ihrem Zusammenhange festzulegen (KG. 4 V 318/29; 352/29).

Unzulässig ist es in Fällen, in denen ein Aufsatz Gegenstand der Privatklage ist, einen Satz herauszugreifen, hierauf den Schuldspruch zu gründen und im übrigen die Frage, ob noch weitere Teile des Aufsatzes beleidigend sind, dahingestellt zu lassen (KG. 4 V 98/28; 268/29; 281/30). Die Nichtberücksichtigung vorstehender Grundsätze stellt eine Verletzung von Auslegungsgrundsätzen dar, welche die Urteilsaufhebung zur Folge hat (RGSt. 61, 151; JW. 1930, 2545[14]).

Nicht darauf, was der Beleidiger sagen wollte, sondern darauf, was er gesagt hat, und wie seine Äußerung ihrem Inhalt nach zu verstehen ist, kommt es an: RG.: JW. 1926, 1184[25]; KG. 4 V 133/28; 158/29; 352/29; 154/31; RG.: JW. 1926, 1184[25]; RGSt. 65, 21. Unerheblich ist auch für den Begriff der Beleidigung, wie diese auf den Verletzten wirkt, ob er sich beleidigt fühlt (KG. 1 S 317/25).

Zu den Auslegungsgrundsätzen im allgemeinen KG. 4 V 298/30; RGSt. 61, 154.

b) Nach der inneren Tatseite.

Der Tatrichter hat nur festzustellen, ob sich der Beleidiger des ehrenkränkenden Charakters seiner Kundgebung, wie sie sich nach außen darstellt, bewußt gewesen ist oder aber die Möglichkeit, daß seine Äußerung als beleidigend erachtet werde, in seine Vorstellung aufgenommen, die Äußerung aber auch für diesen Fall gewollt hat (KG. 4 V 26/30; 27/30).

Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist nicht erforderlich (KG. 4 V 268/28). Bloße Trunkenheit rechtfertigt noch nicht die Annahme fehlenden Bewußtseins des Täters von dem beleidigenden Charakter seiner Kundgebung (KG. 4 V 367/29).

Verwechselung des Angriffsgegenstands ist grundsätzlich bedeutungslos (KG. 4 V 72/29; vgl. auch JW. 1930, 3432[2]).

Die Beleidigungsabsicht ist für den Tatbestand der §§ 185, 186 StGB. nur insofern von Bedeutung, als sie sich aus Form oder Umständen ergibt (vgl. §§ 192, 193 StGB.; RGSt. 7, 170; KG. 4 V 268/28: JW. 1929, 885[44]).

c) Bedingte Form und Frageform als Beleidigung.

Die bedingte Form schließt den Tatbestand der §§ 185, 186 StGB. als Unterstellung nicht aus (RGSt. 44, 111; 60, 374: GoltdArch. 47, 293; JurRdsch. 1926 Nr. 2299; BayObLGSt. 1, 225; KG. 4 V 98/28; 196/28). Auch Vorbehalte, wie z. B. das Gerücht erscheine nicht glaubwürdig, oder: Ich werde mich schon hüten, so etwas zu sagen, wenn du es aber sagst, wird es schon stimmen, schließen Beleidigungstatbestand nicht aus (KG. 4 V 153/30); anders u. U., wenn Täter ausdrücklich hinzufügt, so etwas sei dem Betroffenen nicht zuzutrauen (KG. 4 V 91/30).

Zur Frageform vgl. RGSt. 60, 373.

d) Sinnlose Worte erfüllen den Beleidigungstatbestand nur, wenn Ermittlung objektiven Inhalts möglich ist. („Polyporie": KG.: JW. 1928, 3002; zu inhaltlosen Redensarten: KG. 4 V 311/30.)

e) Üblichkeit von Äußerungen.

In bestimmten durch besondere gemeinsame Lebensverhältnisse verbundenen Kreisen brauchen beleidigende Äußerungen noch nicht als solche aufgefaßt zu werden. Äußerungen absolut beleidigenden Charakters gibt es nicht. Es kommt stets auf die Umstände des Einzelfalls an (RGSt. 10, 374). Unterlassen von Höflichkeitsanreden keine Beleidigung (KG. 4 V 313/30).

Dagegen kann von Üblichkeit von Beleidigungen in diesem Sinne im politischen Kampf keine Rede sein (RG.: JW. 1930, 2540[10]; KG. 4 V 136/29).

f) Kollektivbeleidigung (RG.: JW. 1930, 918[21]; 3426[3]; BayObLG. 28, 70; RG.: JurRdsch. 1931 Nr. 265).

g) Wahrheitsbeweis für dem WB. an sich zugänglichen Beleidigungen kann auch im Falle des § 185 StGB. Straflosigkeit begründen (KG. 4 V 126/28; 290/29: JurRdsch. 1930 Nr. 461; 13/30; 124/30).

Vgl. auch unter Wahrheitsbeweis.

3. Tatbestand des § 185 StGB.

Unter ihn fällt nicht die militärische Beleidigung der §§ 121 ff. MilStGB. Dagegen fallen darunter auch bloße Gebärden, wie andererseits die tätliche Beleidigung und die bloße Androhung einer solchen (KG. 1 S 1085/09).

Darüber, daß Geltendmachung des Hausrechts keine Beleidigung darzustellen braucht (KG. 4 V 229/30).

4. Tatbestand des § 186 StGB.

a) Allgemeine Voraussetzungen.

Unter Tatsachenbehauptungen fallen auch Urteile, sofern sie äußerlich erkennbar zu bestimmten Tatsachen in Beziehung gesetzt sind (RGSt. 55, 129, 131; KG. 4 V 200/29). Z. B. jemand erfreue sich keines besonderen Rufes (KG. 4 V 232/31). — Gemeiner Schwindel (KG. 4 V 291/31); Wortbrüchiger 4 V 308/31).

„Behaupten“ bedeutet, etwas als Gegenstand eigenen Wissens, „Verbreiten“, etwas als Gegenstand fremden Wissens hinstellen. Wahlweise Feststellung beider Tatbestandsmerkmale ist unzulässig (RGSt. 30, 226; 31, 66; 38, 368; KG.: JW. 1930, 1239[15]).

Eine Tatsache wird auch dann verbreitet, wenn sie als bloßes Gerücht bezeichnet wird; daß sie dem Empfänger neu ist, ist nicht erforderlich. Zusätze wie „das Gerücht bedarf noch der Bestätigung“, es werde für grundlos oder unglaubhaft gehalten, fallen demgegenüber grundsätzlich nicht ins Gewicht (RGSt. 22, 223; 38, 368: GoltdArch. 47, 450; RG.: Recht 1906 Nr. 3174; KG. 4 V 305/28).

Ein Verbreiten liegt dann vor, wenn die abstrakte Gefahr erwächst, daß sich das Gerücht vertiefe bzw. neue Nahrung erhalte (KG. 4 V 305/28); nicht notwendig danach bei Weitergabe einer allgemein erhältlichen Tageszeitung (KG. 4 V 298/29), hier zum mindesten Annahme des Verbreitungsakts nach der inneren Tatseite bedenklich (BayObLGSt. 29, 154: LZ. 1930 S. 395 Nr. 1).

b) Öffentlichkeit der Begehung (§§ 186, 200 StGB.).

Öffentlichkeit des Ortes genügt nicht (RGSt. 38, 207; 63, 432). In öffentlicher Gerichtsverhandlung begangene Beleidigung ist nur öffentliche Beleidigung, wenn in der Verhandlung auch Dritte, Unbeteiligte, als Zuhörer anwesend waren (RGSt. 65, 112 [Eisenbahnabteil]). Eine Straftat ist nur dann öffentlich begangen, wenn sie in einer Art und Weise vorgenommen wurde, daß sie von unbestimmt welchen und wievielen durch nähere Beziehungen nicht verbundenen Personen unmittelbar wahrgenommen werden konnte, und wenn — innere Tatseite! — sich der Täter dessen auch bewußt war (RGSt. 58, 54).

KG. 4 V 113/30 (Flur des Arbeitsamts); 182/30 (Hof eines Miethauses); 201/30; RGSt. 63, 45 (Eisenbahnabteil); JW. 1930, 2547[15] (Sitzung); RGSt. 29, 281 (Postschalter).

Beleidigungen auf Postkarten und Postanweisungen (RGSt. 37, 289: Recht 1911 Nr. 262; GoltdArch. 53, 80; KG. 4 V 5/27; 33/29; 201/30).

Falls Öffentlichkeit nicht im Eröffnungsbeschluß erwähnt ist, ist Hinweis gem. § 265 Abs. 2 StPO. erforderlich.

Veröffentlichungsbefugnis ist verletzter Ehefrau auch zuzusprechen, wenn Ehemann aus eigenem Rechte klagt (RG.: GoltdArch. 50, 280; KG.: DJZ. 1925, 1746; 4 V 273/30).

c) Sonderfälle.

aa) Ihrem Inhalt nach unbestimmte Äußerungen

wie „ich warne Sie vor diesem Menschen“ oder „ich weiß noch mehr von ihm“ als beleidigende Kundgebungen (KG. 4 V 231/30; 267/30); oder Anrede verheirateter Frau mit dem Vaternamen eines Junggesellen als üble Nachrede des Bestehens unlauterer Beziehungen mit diesem (KG. 4 V 374/29).

bb) Vertrauliche Äußerungen fallen gleichfalls unter § 186 StGB. (KG. 4 V 267/28).

Jedoch kann beim Behaupten bzw. Verbreiten § 193 StGB. durchgreifen, abgesehen davon, beim Verbreiten Bewußtsein des Verbreitungsakts ausgeschlossen sein (KG. 4 V 305/28; 311/28; 318/29): vertrauliche Äußerungen in dienstlichen Berichten.

cc) Kreditschädigende Äußerungen sind nicht notwendig beleidigend, sondern nur dann, wenn mit ihnen Ehrenkränkung ausdrücklich verbunden ist, z. B. der schlechte Geschäftsstand sei durch leichtsinnigen Lebenswandel des Inhabers herbeigeführt (RGSt. 2, 310; BayObLGSt. 5, 403; 10, 254; KG. 4 V 115/29). Die bloße Äußerung, die Firma N. N. soll pleite sein, stellt keine Beleidigung dar (KG. 4 V 253/31).

dd) Ehebrecherisches Verhalten als Beleidigung ist als solche nur anzusehen, wenn Kundgabe der Mißachtung des betrogenen Ehegatten hinzutritt. Alsdann ist Verfolgbarkeit im Gegensatze zu § 172 StGB. von rechtskräftiger Scheidung der Ehe wegen des Ehebruchs unabhängig (gegen KG.: KGBl. 1914, 79; KG. 1 V 35/20; 4 V 16/27; 276/30; auch RG.: JW. 1931, 199[8]; RGSt. 65, 1).

5. Mittelbare Beleidigung.

Der Rechtsbegriff ist dem Strafrecht fremd. Die Familienehre als solche ist schutzlos. Der Ehemann ist nicht durch die Behauptung beleidigt, seine Frau habe sich mit Dritten herumgetrieben. Dagegen sind Ausdrücke wie „Hurenkind“ als unmittelbare Beleidigung gleichzeitig des Kindes wie der Mutter strafbar (KG. 4 V 283/28; 305/28).

6. Wahrheitsbeweis (= WB.).

a) Voraussetzung.

Die Erbringung des WB. ist für die Fälle des § 185 StGB. von gleicher Bedeutung wie für die des § 186 StGB. Voraussetzung ist eine dem Wahrheitsbeweise zugängliche Behauptung. Behauptungen, die nicht nach Form oder Umständen die Absicht der Beleidigung ergeben, haben im Falle erbrachten Wahrheitsbeweises auch bei Anwendung des § 185 StGB. Straflosigkeit zur Folge. Wenn dagegen Form oder Umstände im Falle des § 185 StGB. die Beleidigungsabsicht ergeben, bleibt die Erbringung des Wahrheitsbeweises immer noch für die Strafzumessung von Bedeutung (RGSt. 64, 11; JW. 1930, 2138[12]; Recht 1930, 532 Nr. 1825; LZ. 1915, 1224; KG. 2 S 142/26; 4 V 248/28; GoltdArch. 73, 309; 4 V 290/29; JW. 1930, 2579[5]; JurRdsch. 1930 Nr. 461; 4 V 13/30; 124/30; 187/30).

Werturteile, die sich auf die Gesamtpersönlichkeit beziehen, wie „Schweinehund, Schuft, Lump, Strolch“, sind dem Wahrheitsbeweise nicht zugänglich (KG. 4 V 126/28; 4 V 1/29; 136/29; 155/29; 8/31); dagegen sind Bezeichnungen wie „Betrüger“, „Lügner“, „Schwindler“, „Denunziant“ dem WB. zugänglich, wenn auf einen bestimmten geschichtlichen Vorgang abgestellt wird. Dabei ist zu beachten, daß Worte wie „Betrüger“ im Volksmunde nicht notwendig i. S. von Personen zu verstehen sind, die sich nach § 263 StGB. strafbar gemacht haben, sondern i. S. von Personen, die Täuschungen begangen haben. Nur in dieser Richtung braucht daher gegebenenfalls der WB. geführt werden (KG. 4 V 1/29; 154/29). Auch Worte wie „Schwindler“ bedeuten nicht notwendig, daß der Betroffene bewußt die Unwahrheit gesagt habe, ebenso wie „Verleumder“, mit denen häufig nur eine Person gemeint ist, die sich in üblen Nachreden gefällt, ohne daß damit die Begehung eines Vergehens gegen § 187 StGB. vorgeworfen zu sein braucht (KG. 4 V 296/29; 324/29). Das gleiche hat von „Denunziant“ oder „denunzieren“ zu gelten, worunter nur ein Angeber verstanden zu werden braucht, der, wenn auch nicht gerade böswillig, so doch jedenfalls ohne ausreichenden Grund Anzeigen erstattet (KG. 4 V 311/29; 39/30).

Weiterhin ist der WB. auch für unbestimmte Äußerungen wie: „Ich weiß noch mehr“ nicht zuzulassen.

b) Gegenstand des WB.

Der WB. hat sich die Prüfung aller in Betracht kommenden Behauptungen zum Gegenstande zu nehmen, darf sich aber nur auf Tatsachen erstrecken, die mit den behaupteten Tatsachen identisch sind (RGSt. 62, 95; 64, 286). In diesem Umfange ist er nicht nur bei unmittelbarer Beweisführung für die zu erweisenden Tatsachenbehauptungen durchzuführen, sondern auch bei mittelbarer Beweisführung, d. h. auch in den Fällen, in denen Tatsachen als wahr erwiesen werden sollen, die als Beweisanzeichen für die behauptete Tatsache ins Gewicht fallen; dies aber doch nur dann, wenn die behauptete Tatsache nicht anders als durch mittelbare Beweisführung erwiesen werden kann (RGSt. 48, 246/7); für Behauptung ehebrecherischen Verkehrs (KG. 2 V 4/22; 4 V 194/28).

Verbreitet jemand ihm zugetragene Tatsachen weiter, so ist Gegenstand des WB. nicht, ob er sie zugetragen erhalten hat, sondern ob sie erweislich wahr sind (KG. 4 V 69/31).

c) Notwendigkeit der Erhebung des WB.

Der WB. kann nicht dahingestellt gelassen werden. (Ständige Rspr. des KG. und RG.: RG.: JW. 1930, 2540[10]; KG. 4 V 244/28; 109/30.) Denn von seinem Erfolge hängt ab, ob § 192 StGB. oder § 193 StGB. anzuwenden ist. Auf die Anwendung des § 193 StGB. kommt es erst an, wenn der Wahrheitsbeweis nicht als geführt zu erachten ist. Denn wenn die Behauptung als wahr erwiesen ist, ist nur in Anwendung des § 192 StGB. zu prüfen, ob Form oder Umstände Bestrafung aus § 185 StGB. rechtfertigen.

Nur in Ausnahmefällen mag Abstandnahme von der Erhebung des WB. zulässig sein, wenn im Hinblick auf die Form auf alle Fälle eine strafbare Beleidigung übrigbleibt und feststeht, daß der Angekl. an die Wahrheit seiner ehrenrührigen Behauptungen glaubte und auch glauben konnte (KG. 4 V 248/28; GoltdArch. 73, 309).

Beweisanträge für die Wahrheit der behaupteten Tatsache können danach grundsätzlich nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, die Sachlage sei schon auf Grund der Behauptungen des PrivKl. genügend geklärt. § 245 Abs. 2 StPO. gilt im Rahmen des § 155 Abs. 2 StPO. beim Wahr-

heitsbeweis nur für den Umfang desselben, nicht dagegen für die Frage, ob er überhaupt zu erheben ist.

d) Frage der Beweispflicht.

Der Angekl. hat keine Beweislast; maßgebend sind die allgemeinen strafprozeßrechtlichen Grundsätze. Die Nichterweislichkeit ist nicht Tatbestandsmerkmal, das Bewußtsein von der Unwahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsache gehört nicht zum Vorsatz. Der Tatrichter hat aber für das RevG. erkennbar zu prüfen, ob der Angekl. den Wahrheitsbeweis erboten hat oder ob er sich sonst auf den Strafausschließungsgrund der Erweislichkeit berufen hat (KG. 4 V 241/28; 227/28; 295/29; 13/30).

Geboten erscheint je nach Sachlage Ausübung des Fragerechts. Nur unter den sich aus Vorstehendem ergebenden Voraussetzungen hat das Gericht die Aufnahme des WB. zu veranlassen (KG.: GoltdArch. 62, 143; 4 V 13/30).

e) Erfolg des WB.

Der WB. ist bereits dann als geführt zu erachten, wenn die Behauptungen des Angekl. im wesentlichen erwiesen sind (RGSt. 2, 2; JW. 1930, 1738[42]; 2545[14]; KG. V 11/19: GoltdArch. 69, 120; 4 V 256/28; 200/29; 379/29; 138/30; 158/30).

Ist der Vorwurf des Diebstahls das Wesentliche, so darf der Wahrheitsbeweis nicht deshalb als nicht geführt erachtet werden, weil die Entwendung eines bestimmten Gegenstandes nicht nachweisbar ist (KG. 4 V 256/28).

Der Grundsatz (in dubio pro reo) findet hinsichtlich des der Beleidigung Angekl. auf die Frage, ob eine Tatsache durch den WB. als erwiesen anzusehen ist, keine Anwendung (KG. 4 V 320/29; 214/30).

f) Die Erörterung des WB. im Urteil ist erforderlich, sobald der Angekl., wenn auch nur mittelbar, Schutzbehauptungen nach dieser Richtung hin vorgebracht hat.

7. Bestrafung im Falle der Erbringung des WB. auf Grund des § 192 StGB.

Der WB. schließt auch für die unter § 185 StGB. fallenden Äußerungen die Bestrafung nach § 185 StGB. nicht aus, wenn das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Behauptung oder Verbreitung oder aus den Umständen hervorgeht, unter denen sie geschah. Dabei ist aber zur „Form“ zu berücksichtigen, daß erweislich wahre schwere Verfehlungen auch eine scharfe Beurteilung rechtfertigen (KG. 4 V 133/28; 244/28; 256/28; 200/29; 13/30: JW. 1930, 1097[41]; 109/30). (Vgl. auch „Form“ S. 379.)

7a. Grenzen zwischen objektiver Unwahrheit und Nichterweislichkeit (§§ 186, 187 StGB.) im Falle der Behauptung eines Geschlechtsverkehrs (KG. 4 V 344/30; 22/31).

8. Schutz des § 193 StGB.

Die Anwendung der Schutzvorschr. setzt eine nicht erweislich wahre ehrenkränkende Tatsachenbehauptung, also eine nach den §§ 185, 186 StGB. strafbare Beleidigung voraus (vgl. JW. 1928, 2673). RGSt. 60, 335 will § 193 StGB. nur auf inhaltlich verletzende Äußerungen beschränkt wissen, deshalb nicht auf Äußerungen wie: „Scheren Sie sich weg!“ Unter den Schutz des § 193 StGB. fallen im einzelnen:

a) Tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen.

b) Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen.

c) Dienstliche Anzeigen oder Urteile von seiten eines Beamten.

d) Ähnliche Fälle vgl. unten k).

e) Äußerungen zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen.

aa) Umfang des Rechtsbegriffs der Wahrnehmung berechtigter Interessen als Sonderfall des § 193 StGB.

„Berechtigte Interessen“ sind nach der Rspr. des Senats im Gegensatze zur Rspr. des RG. nicht nur eigene oder fremde den Täter unmittelbar nahe angehende persönliche Interessen, sondern auch allgemeine staatsbürgerliche Interessen (KG. 4 V 16/30). Das Korrektiv dieser Ausdehnung der berechtigten Interessen bildet Ausschluß des Schutzes des § 193 StGB. bei nicht loyaler Handlungsweise.

Danach sind berechtigte Interessen insbes. auch diejenigen, die den Schutz des Bestands der öffentlichen Sicherheit und Ordnung angehen, z. B. Schutz gegen Landesverrat (KG. 4 V 7/27: JW. 1928, 825[2]); gegen Werkspionage (KG. 4 V 16/30).

Darüber hinaus ist allen Staatsbürgern gegenüber Rechtsbrechern das Recht zu gemeinsamer Abwehr zuzubilligen.

Deshalb gilt auch der Schutz des § 193 StGB. für denjenigen, der den durch eine Straftat bedrohten Nachbar warnt, wie denjenigen, der einem durch eine Straftat Betroffenen Nachricht vom Täter gibt oder seine Verdachtsgründe mitteilt (KG. 4 V 73/28; 193/28; 217/28; 276/28); ebenso für Anzeigen zum Schutze Jugendlicher gegen Mißhandlung (KG. 151/29; 158/29); wie schließlich für denjenigen, der dem Mitmenschen zur Abwendung frivol geltend gemachter Ansprüche verhilft (KG. 4 V 352/29; 97/30).

Gutgläubige Auskunft auf Anfragen zwecks Beschaffung von Prozeßstoff für gerichtliche Verfahren fällt unter § 193 StGB. (RGSt. 59, 174; KG. 4 V 271/31); desgl. z. B. gutgläubige Auskunft auf Anfragen eines Verlobten nach der Treue des anderen Teils (KG. 4 V 9/31).

bb) Äußerungen zur, das heißt zum Zwecke der Wahrnehmung berechtigter Interessen, nicht nur bei Gelegenheit der Wahrnehmung derselben.

Bei Gelegenheit der Wahrnehmung berechtigter Interessen können Äußerungen nur getan sein, wenn sie mit dem Gegenstande, auf den sich die Wahrnehmung bezieht, nicht in sachlichem Zusammenhange stehen, wenn somit neben und außer ihnen noch andere ihnen gegenüber selbständige Kundgebungen stehen, welche der Interessenwahrnehmung dienen (RGSt. 29, 57; JW. 1924, 305[13]; KG. 4 V 311/28, 352/29; 74/31).

cc) Berechtigte Interessen sind nur solche, die nicht mit dem Recht und den guten Sitten in Widerspruch stehen (KG. 4 V 7/27), und die sich demgemäß bei billiger und verständiger Würdigung der konkreten Sachlage als gerechtfertigt darstellen (KG. 4 V 73/28; 276/28; 151/29). § 193 StGB. stellt nicht nur einen Strafausschließungsgrund dar, sondern auch einen die Widerrechtlichkeit ausschließenden Rechtfertigungsgrund (RGSt. 62, 83, 92; 64, 135).

Der Schutz der Vorschr. wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß durch die Äußerung gleichzeitig die Ehre eines Dritten mitverletzt wird, sofern dies im Wesen der Äußerung liegt; z. B. Schmiergelderzahlungen an Dritte (KG. 4 V 285/31).

dd) Beweggrund und erregte Stimmung.

Entscheidend ist, ob der Täter zur, d. h. zum Zwecke der Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt hat; ist dies zu bejahen, so ist unerheblich, daß die Kundgebung daneben noch aus Haß oder Rachsucht geschah (RGSt. 34, 217; 61, 401; KG. 4 V 197/29; 200/29; 364/29: JurRdsch. 1930 Nr. 835).

Erregung oder gereizte Stimmung allein vermögen die Anwendung des § 193 StGB. nicht zu rechtfertigen (RG.: JW. 1930, 762[12]; KG. 4 V 153/30), können aber unter Umständen die beleidigende Absicht trotz Überschreitung der Form ausschließen (RGSt. 40, 317; KG. 4 V 311/28).

f) Ausschluß des Schutzes des § 193 StGB.

aa) Äußerungen zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen, sowie die weiteren in § 193 StGB. erwähnten Fälle a—d genießen nicht den Schutz des § 193 StGB., wenn sie gegen Recht und gute Sitte verstoßen.

Deshalb keine Anwendung des § 193 StGB. für Schreiben, die den Tatbestand der §§ 253, 43 StGB. oder anderer strafbarer Handlungen — mit Ausnahme der Beleidigung — erfüllen (RGSt. 29, 147; 29, 181; JW. 1930, 918[22]; GoltdArch. 41, 422; JurRdsch. 1929, 1706; JW. 1930, 918[22]; KG. 4 V 286/29; BayObLG.: JW. 1930, 3426[2]; 29, 113); ebensowenig, wenn mit den Beleidigungen der Zweck verfolgt wird, ein Strafverfahren gegen sich selbst herbeizuführen, um in ihm die Wahrheit der Anschuldigungen zu erweisen oder Reklame für sich und seine Leistungen zu machen (RG.: Recht 1927, 203 Nr. 738; BayObLGSt. 25, 107; KG. 2 S 142/26; 4 V 132/28); ebensowenig für ohne jeden begründeten Anlaß mitgeteilte sittliche Verfehlungen oder für unbestimmte Beleidigungen, die allem möglichen Verdacht Tür und Ohr öffnen (KG. 4 V 231/30), sowie für Anzeigen wider besseres Wissen (RG.: JW. 1931, 198[7]).

Die Flucht in die Öffentlichkeit zwecks Mitteilung ehrenkränkender Tatsachenbehauptungen fällt nur ausnahmsweise unter den Schutz des § 193 StGB. (RG.: JW. 1931, 1094[26]; RG.: DRZ. 1928, 143; KG. 4 V 32/31; OLG. Jena: JW. 1929, 1895[10]).

bb) Aus den Gründen zu aa rechtfertigt sich auch Ausschluß des Schutzes des § 193 StGB. bei illoyaler Handlungsweise.

Eine ehrenkränkende Äußerung liegt nur dann in den Grenzen des der Schutzvorschr. zugrunde liegenden Rechts, die Wahrheit zu sagen, wenn der Beleidiger bei der Abgabe der Äußerung von der Wahrheit der von ihm erhobenen Anschuldigungen nicht nur überzeugt war, sondern auch überzeugt sein konnte, die Vorwürfe somit auf Grund zuverlässiger Unterlagen und nach vorheriger gewissenhafter Prüfung, also nicht leichtfertig erhoben hat (RGSt. 63, 93, 204; 64, 13, 14; Recht 1929 Nr. 379; JW. 1930, 1593[16]; KG. 4 V 7/27: JW. 1928, 825[2]; 4 V 196/28; 341/28; 151/29: JW. 1929, 3026[7]; 364/29: JW. 1930, 3001[34]; BayObLGSt.: JW. 1930, 3426[3]). Dabei kann die Art der Erkenntnisquelle ohne weiteres die Annahme leichtfertiger Handlungsweise ausschließen (KG. 4 V 168/28); das Schweben einer gerichtlichen Voruntersuchung gibt noch keine begründete Unterlage für den Glauben an die Wahrheit der Anschuldigung (KG. 4 V 208/29).

Bösgläubigkeit schließt danach ohne weiteres die Anwendung des § 193 StGB. aus (KG. 4 V 295/29).

Für die Frage, ob der Beleidiger an die Richtigkeit der Vorwürfe glauben konnte, ist nicht ausschließlich subjektiver Maßstab anzulegen; sonst wäre Freibrief für Straflosigkeit von Beleidigungen von Fanatikern, hysterischen oder an Verfolgungswahn leidenden Personen gegeben. Vielmehr ist die Frage, ob der Beleidiger die Vorwürfe zuvor gewissenhaft auf ihre Wahrheit geprüft hat, darauf abzustellen, ob ein verständig und billig denkender Mensch bei gleicher Lage die gleiche Äußerung getan hätte (KG. 4 V 16/30: JW. 1930, 2580[6]). Unzulässige Überspannung loyaler Prüfungspflicht (4 V 297/31).

Die Nachprüfungspflicht nach der Richtung loyaler Handlungsweise kann regelmäßig nur für die Fälle gelten, in denen dem Beleidiger ohne weiteres möglich war, sich die erforderlichen Unterlagen zu verschaffen, die ihn an die Begründetheit seiner Vorwürfe glauben lassen konnten.

Tätliche Beleidigungen und Vergehen gegen § 187 StGB. werden nach aa und bb regelmäßig nicht unter § 193 StGB. fallen (vgl. aber RGSt. 42, 111/12; für Ausschluß des § 193 StGB.: KG. 4 V 185/28, 161/29).

Die vergleichsweise übernommene Pflicht, bestimmte beleidigende Äußerungen zu unterlassen, zieht noch nicht ausnahmslos die Versagung des Schutzes des § 193 StGB. für gleichwohl erfolgte Äußerungen dieser Art nach sich (KG. 4 V 229/31).

cc) Form oder Umstände, vgl. darüber unter lit. 1 S. 379.

g) Gesichtspunkt der Güterabwägung.

Der Frage, ob der Täter pflichtgemäß die einander gegenüberstehenden Belange seiner selbst und des Betroffenen abgewogen hat, kann gegenüber dem entscheidenden Gesichtspunkte der loyalen Handlungsweise keine ein für alle Male ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden; dies schon aus dem Grunde nicht, weil die Interessen der Menschen an sich unwägbar sind (KG. 4 V 364/29: JurRdsch. 1930 Nr. 835; GoltdArch. 75, 69; aber RG.: JW. 1929, 1895[10]).

h) Prüfung und Erörterung des Schutzes des § 193 StGB. in den Urteilsgründen.

Die Frage der Anwendung des § 193 StGB. ist, sofern eine nach den §§ 185, 186 StGB. strafbare Beleidigung vorliegt, stets von Amts wegen zu prüfen; dies selbst dann, wenn der Angekl. leugnet, die Äußerung getan zu haben, sie aber gleichwohl für erwiesen erachtet wird (RG.: JW. 1928, 2675; KG. 4 V 183/30; BayObLGSt. 28, 120).

Bezüglich der Prüfung der Frage vor dem Erlaß des EB. vgl. Löwe-Rosenberg zu § 203 StPO.

Zum Schuldausschließungsgrund in der Person des Anstifters zur Beleidigung (RGSt. 64, 23).

i) Einzelne Fälle von Äußerungen zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen:

aa) Rechtsanwälte und Strafverteidiger.

Die Erschütterung der Glaubwürdigkeit von Zeugen durch Anwälte und Strafverteidiger stellt in gleicher Weise ein berechtigtes Interesse derselben dar, wie die Erschütterung der Glaubwürdigkeit der Angaben des Prozeßgegners überhaupt. Dabei ist für die Frage, ob im Einzelfalle die Verletzung fremder Ehre als ein durch die Umstände gebotenes Mittel der Interessenwahrnehmung erforderlich war, in erster Linie das pflichtgemäße Ermessen des Anwalts oder Verteidigers selbst entscheidend, der als Organ der Rechtspflege pflichtwidrig handeln würde, wenn er Zeugen oder Prozeßgegner ohne Not in ihrer Ehre verletzen würde. (Für Strafverteidiger KG. 4 V 234/28: GoltdArch. 73, 352; 4 V 295/29: JW. 1930, 205[82], 770[14]; für Zivilanwälte KG. 4 V 168/28; 260/29; bei Kritik richterlicher Urteile im Rechtsmittelverfahren KG. 4 V 375/29: JW. 1930, 1097[41]).

Auch für Anwälte gilt jedoch, daß § 193 StGB. entfällt, wenn leichtfertig Anschuldigungen ohne zureichende Unterlage erhoben werden (KG. 4 V 260/29).

Anmerkung: Für Informationsschreiben der Partei an Anwälte, die von diesen verwertet werden, ist die Partei nur dann strafrechtlich verantwortlich, wenn sie dem Anwalt ausdrückliche Weisung erteilt hat, die Information schriftsätzlich zu verwerten (KG. 4 V 142/28; 311/28; 162/30).

bb) Redakteure.

Wenn auch der Presse als solcher der Schutz des § 193 StGB. nur in dem Rahmen zuzubilligen ist, in dem er allen übrigen Staatsbürgern zusteht, so ist die Vorschrift doch anwendbar bei der Wahrnehmung von Sonderinteressen durch Fachzeitschriften (KG. 4 V 133/28: JW. 1929, 1257[8] = GoltdArch. 73, 355) sowie bei Wahrnehmung kleinstädtischer Belange durch Redakteure kleiner Volkszeitungen (KG. 4 V 159/29).

Zur gewissenhaften Prüfung von Pressenachrichten vor ihrer Veröffentlichung durch den Redakteur: KG. 4 V 312/30; zur Verantwortlichkeit des Verf. und Schriftleiters: RGSt. 64, 134; des Druckers und Verlegers: RGSt. 65, 69 (§§ 185 ff. StGB.; § 21 PreßG.).

cc) Durch engere Beziehungen zusammengehaltene Berufskreise.

Die gesamte Kaufmannschaft hat ein berechtigtes Interesse, den geschäftlichen Verkehr von Angestellten bereinigt zu wissen, die sich zur Hereinnahme von Aufträgen für ihre Firma nur durch Bestechungen bestimmen lassen (KG. 4 V 345/25); ebenso hat die Mieterschaft eines Hauses ein berechtigtes Interesse gegenüber Übergriffen des Hauswirts und Hausverwalters (KG. 4 V 341/28), wie andererseits diese für Zucht und Ordnung im Hause gegenüber der Mieterschaft zu sorgen haben (KG.: GoltdArch. 69, 120; KG. 4 V 40/31; über das berechtigte Interesse eines Verlegers am Buchvertrieb: KG. 4 V 229/30.

Zur Verfolgung berechtigter Interessen durch Kurpfuscher: KG. 4 V 335/20.

dd) Für bestimmte Betätigungen.

aaa) Erstattung von Strafanzeigen.

Die Erstattung von Strafanzeigen genießt regelmäßig den Schutz des § 193 StGB., da alle Staatsbürger daran beteiligt sind, daß innerhalb der Volksgemeinschaft Rechtsbrüche gesühnt werden (KG. 4 V 73/28; 217/28; 276/28; 97/29). Für die Straflosigkeit der Anzeigen strafbarer Handlungen genügt aber nicht, daß der Anzeigende nur nicht wider besseres Wissen gehandelt hat; erforderlich ist vielmehr, daß er die Anschuldigungen in gutem Glauben erhoben hat und begründeten Verdacht gegen den zur Anzeige Gebrachten, daß er die Tat begangen habe, hegte (KG. 4 V 364/29; 372/29; 16/30; 153/30). Grob fahrlässig erstattete Strafanzeigen können die Annahme rechtfertigen, daß nicht der verletzten Rechtsordnung gedient, sondern eine Rachsucht befriedigt werden sollte (KG. 4 V 152/31; RG.: Recht 1907 Nr. 832; RGSt. 61, 400).

Mit den sich hieraus ergebenden Einschränkungen genießen auch vorbereitende Äußerungen den Schutz des § 193 StGB. (KG. 4 V 61/30); hierunter fällt auch die Benachrichtigung einer durch eine Straftat vermeintlich bedrohten Person (KG. 4 V 217/28: JurRdsch. 1929 Nr. 777).

bbb) Zeugenaussagen und Abgabe von Versicherungen an Eidesstatt.

Für den Schutz des § 193 genügt der Glaube an die Richtigkeit der Aussage; dagegen besteht grundsätzlich keine besondere Nachforschungspflicht nach den tatsächlichen Unterlagen (KG. 4 V 255/28); anders, wenn der Zeuge flüchtige Sinneswahrnehmungen widergibt, ohne seine bestehenden Zweifel mitzuteilen (KG. 4 V 237/31). Zur Entscheidung, wann die Abgabe einer Versicherung an Eidesstatt unter § 193 StGB. fällt: KG.: JurRdsch. 1927 Nr. 2159; KG. 4 V 250/31.

ee) Angeklagte bei Ablehnung von Sachverständigen wegen Befangenheit: KG. 4 V 103/31; bei Bekämpfung von Belastungszeugen: 4 V 109/31.

k) „Ähnliche Fälle" i. S. des § 193 StGB.

Dahin gehören Auskunfterteilung einer Frau an Ehefrau, die Ehemann im Verdacht ehebrecherischen Verkehrs hat, auf dringliches Fragen (KG. 4 V 193/28); Hinweis eines unhöflich behandelten Menschen auf das Ungehörige der Behandlungsweise (KG. 4 V 268/28); zum Rechtsbegriff der ähnlichen Fälle: KG. 4 V 306/28 (mit Entstehungsgeschichte); Fälle, in denen der Täter in Erfüllung einer sittlichen Pflicht handelt: OLG. Dresden: JW. 1930, 3438[10].

Ferner Fälle, wie die Einsetzung einer Warnung in die Zeitung, nahen Verwandten etwas zu borgen: KG. 4 V 35/30; Verlesung von Stimmzetteln mit beleidigendem Begleitschreiben zwecks Feststellung ihrer Gültigkeit durch Wahlprüfungskommission: KG. 4 V 196/30.

Vgl. auch KG. 4 V 280/28; 273/28; 255/28.

Geltendmachung des Hausrechts: OLG. Kassel: JW. 1930, 1760[21].

1. „Form" und „Umstände" i. S. der §§ 192, 193 StGB. sind Beweisanzeichen, welche außerhalb des eigentlichen Erklärungsinhalts liegen und dem Richter den Rückschluß auf das Vorhandensein einer strafbaren Absicht ermöglichen, ihm aber diesen Rückschluß nicht aufnötigen (KG. 4 V 311/28; 153/30); vgl. dazu Ziff. 8e unter dd S. 377.

Die Interessenabwägung ist höchstens für die Frage von Bedeutung, ob der Schutz des § 193 StGB. überhaupt zuzubilligen ist, kann dagegen nicht für die Frage verwertet werden, ob Form oder Umstände die Absicht der Beleidigung ergeben (KG. 4 V 352/29).

aa) Form ist die äußere Einkleidung des Gedankeninhalts, also nicht der Gedankeninhalt selbst.

Die Form der Äußerung darf danach nicht mit ihrem Inhalt verwechselt werden (KG. V 12/19: GoltdArch. 69, 120/1; 4 V 352/29). Nur die zutreffende Erfassung des inneren Zusammenhangs der Äußerung vermag eine verläßliche Grundlage für die Entsch. der Frage zu schaffen, ob die Einkleidung des Gedankens das Vorhandensein einer Beleidigung als einer sei es überhaupt, sei es durch Wahrnehmung berechtigter Interessen nicht gebotenen Herabsetzung einer Person erkennen läßt (KG. 4 V 244/28).

In jedem Falle setzt die Entnahme der Beleidigungsabsicht aus der Form der Kundgebung die Darlegung voraus, in welch anderer Weise sich der Täter gleich wirksam hätte ausdrücken sollen, ohne über den rein sachlichen Inhalt seiner Äußerung hinauszugehen (RGSt. 21, 1; 44, 113; RGSt.: LZ. 1914, 180 Nr. 23; JW. 1925, 58[2]; 1929, 1052[59]; KG. 4 V 261/29).

Das Vorliegen einer Beleidigung wird regelmäßig nur dann aus der Form der Äußerung gefolgert werden können, wenn die ehrenkränkende Behauptung vom Täter vorbedachtermaßen eine sachlich nicht gerechtfertigte Fassung erhalten hat, durch welche das Ehrverletzende der Äußerung für den Betroffenen irgendwie besonders gesteigert worden ist, so daß diese Steigerung das geflissentliche Bestreben erkennen läßt, den Angegriffenen aus einer Art Wohlgefallen an seiner Kränkung zu beschimpfen (RG.: JW. 1924, 304[12]; KG. 4 V 158/30); z. B. Verstecktheit der Angriffe (KG. 4 V 244/28; 311/28); Wahl der Ironie (KG. 4 V 98/28); Wahl der Satire (RGSt. 62, 184); Angriff und Gegenangriff müssen demgemäß im rechten Verhältnis zueinander stehen (KG. 4 V 164/28); der Gegenangriff darf somit im Verhältnis zum Angriff nicht maßlos sein; andererseits je schärfer der Angriff, desto schärfer die zulässige Abwehr (KG. 4 V 224/29).

Schwere Verfehlungen können auch eine scharfe Form rechtfertigen. Demgemäß kann der, der Sachen in der Absicht rechtswidriger Zueignung entwendet hat, auch als „Dieb" bezeichnet werden (KG. 4 V 244/28; 78/29). Ebensowenig läßt die Verwendung des volkstümlichen Ausdrucks „Spitzbube" oder „statt Stehlen" die Verwendung des Wortes „Klauen" eine strafbare Beleidigungsabsicht entnehmen (RGSt. 40, 318; KG. 4 V 129/29).

Der Grundsatz, daß das Recht auf scharfe Abwehr in dem Rechte des anderen Teils auf anständige Formen seine Grenze finden müsse, ist in dieser Allgemeinheit abzulehnen. Gegenüber groben Rechtsverstößen kann auch ein Kraftausdruck zulässig sein, sofern er nur einen sachlich berechtigten Kern hat (KG. 4 V 246/31); „kaum glaubliche Frechheit" (KG. 4 V 310/31).

Verallgemeinerungen einer Behauptung betreffen nicht deren Form, sondern nur ihren Inhalt (RG.: JW. 1922, 1014[9]; KG. 4 V 124/30). Dagegen kann in Übertreibungen beleidigende Form erblickt werden; dies aber dann nicht, wenn der Täter die von ihm gewählte Form für die Wahrnehmung seiner Interessen gerade für erforderlich gehalten hat und erforderlich halten durfte (RG.: JW. 1914, 368, 371 = LZ. 1922, 38); „entsetzlich widerwärtig (KG. 4 V 299/30).

Ebenso kann die Häufung beleidigender Ausdrücke die Schlußfolgerung auf Beleidigungsabsicht rechtfertigen (RGSt. 40, 317; KG. 4 V 74/28).

Auch aus überlautem Ton, der, weil von der Äußerung selbst nicht trennbar, auch nicht als „Umstand" gewertet werden kann, läßt sich als „Form" eine strafbare Beleidigungsabsicht entnehmen (RGSt. 54, 289; GoltdArch. 56, 66; KG. 4 V 168/30). Diese Schlußfolge erscheint nur dann nicht gerechtfertigt, wenn der überlaute Ton nicht dem Zwecke diente, der Mißachtung des Äußernden gegenüber dem Betroffenen Ausdruck zu geben, sondern wenn er lediglich auf die erklärliche Erregung des Äußernden über das Verhalten des anderen Teiles zurückzuführen ist (RGSt. 40, 317; KG. 4 V 168/30).

bb) Umstände.

Als Umstände können nur solche Tatsachen in Betracht kommen, welche die Kundgebung in ihrer äußeren Erscheinung umgeben, also zeitlich und örtlich in nahen Beziehungen zu ihr stehen (RGSt. 34, 80; GoltdArch. 54, 485; JW. 1924, 1875[3]; KG. 4 V 257/29).

Danach kann zwar das gewählte Mittel (Öffentlichkeit, Mitteilung durch die Presse) als Umstand ins Gewicht fallen, dem die Beleidigungsabsicht zu entnehmen ist. Dagegen können nicht darunter innere Vorgänge fallen, wie der Mangel des Glaubens an die Begründetheit der Behauptungen, die Unterlassung der Prüfung der Wahrheit der Vorwürfe und die dadurch bekundete größere oder geringere Fahrlässigkeit und Frivolität. Diese Tatsachen schließen vielmehr die Anwendung des Schutzes des § 193 StGB. überhaupt aus.

Ebensowenig können Teile einer und derselben fortgesetzten Gedankenäußerung, wie sie ein Brief darstellt, als Umstand i. S. der §§ 192, 193 StGB. gewertet werden (KG. 4 V 352/29).

9. Ehrennotwehr vermag die Strafbarkeit einer Beleidigung meist schon deshalb nicht auszuschließen, weil zur Zeit der Begehung der Beleidigung entweder der Angriff bereits beendigt war oder aber jedenfalls die Beleidigung (Gegenbeleidigung) zur Abwehr des Angriffs nicht erforderlich war (RGSt. 21, 168; 29, 240; DJZ. 1909, 716; 1927, 386; RGSt. 63, 31, 33; BayObLGSt. 28, 226/27; KG. 4 V 185/28; 161/29; 263/30).

Wird mit Gegenbeleidigung erwidert, so kann regelmäßig nur § 199 StGB. in Frage kommen (KG. 4 V 111/30); nur wenn Erwiderung mit anderen Mitteln als einer Beleidigung erfolgt, kann Gesichtspunkt der Ehrennotwehr Platz greifen (KG. 4 V 263/30).

10. Sog. beleidigende „Nachäußerungen".

Eine selbständige strafbare Beleidigung kann regelmäßig nicht in denjenigen Äußerungen erblickt werden, die der zur Verantwortung gezogene Beleidiger vor dem Schiedsmann oder in dem gegen ihn wegen Beleidigung anhängigen Strafverfahren bei seiner verantwortlichen richterlichen Verneh-

mung, sei es auf Verlangen des Schiedsmannes, sei es des Richters, zur Auslegung und Erklärung der Äußerung abgibt, deretwegen er zur Verantwortung gezogen wird.

Die rechtskräftige Aburteilung wegen einer beleidigenden Äußerung steht der nochmaligen Aburteilung wegen solcher Nachäußerungen entgegen.

Eine Ausnahme hat für diejenigen Äußerungen zu gelten, die auf neuen Beleidigungsvorsatz schließen lassen (KG. 4 V 264/29; 79/30; auch RG.: JW. 1930, 2541 [11, 12]). Über Nachäußerung im Beleidigungsverfahren und den Schutz des § 193 StGB.: RGSt. 64, 154.

11. Beleidigungen als fortgesetzte Handlung; etwaiger Freispruch von Teilhandlungen in diesem Falle (RGSt. 1 D 290/27).

BB. Körperverletzung: 374 Abs. 1 Ziff. 3 StPO.; §§ 223 ff. StGB.

1. Allgemeine Voraussetzungen.

Der Tatbestand erfordert eine derartige rechtswidrige und schuldhafte Einwirkung auf den Körper eines anderen, daß hierdurch eine Störung seines körperlichen Wohlbefindens hervorgerufen wird (RGSt. 19, 136; 29, 60; 32, 115); das Wohlbefinden muß **erheblich** gestört sein. Anbinden an einen Baum (RG.: JW. 1930, 3402 [10]), Fassen am Mantelkragen (KG. 4 V 83/29) verursachen im allgemeinen keine erhebliche Störung. Lediglich seelische Einwirkungen genügen nicht.

2. Züchtigung fremder Kinder ist als Körperverletzung nicht widerrechtlich, wenn erwachsener Tatzeuge grobe Ungezogenheit oder Roheit auf der Stelle straft, ohne hierbei den Erziehungszweck zu überschreiten. Eine solche Züchtigung ist als im öffentlichen Interesse zum Schutze der Gesellschaft für geboten und deshalb für nicht rechtswidrig zu erachten (KG. 1 V 9/19; 2 V 68/24; 4 V 56/28; 96/28; 219/29; 221/29; 237/29; 272/29: GoltdArch. 74, 300; 4 V 250/30; abweichend RGSt. 61, 193; JW. 1930, 1005 [21]); anders, wenn der Grad der Züchtigung den Erziehungszweck überschreitet (KG. 4 V 147/31).

3. Gleichzeitige Körperverletzung und Beleidigung durch denselben Täter gegenüber derselben Person kann je nach der Sachlage die Annahme tateinheitlicher Begehung, aber auch die Annahme selbständiger strafbarer Handlungen rechtfertigen (RGSt. 32, 139; KG. 4 V 323/29; 44/30).

4. Sondertatbestand des § 223 a Abs. 1 StGB.

Eine Körperverletzung ist dann mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangen, wenn die Art und Weise des Gebrauchs desselben die Besorgnis einer erheblichen Verletzung des Körpers rechtfertigt (RGSt. 4, 397; GoltdArch. 53, 451; KG. 4 V 292/28: 17/30 [Holzstück]).

Hinterlist setzt voraus, daß wohlüberlegte Anstalten getroffen sind, welche dem „Betroffenen" das rechtzeitige Erkennen des Angriffs unmöglich machen sollten (KG. 4 V 152/29; RGSt. 65, 65).

5. Ehrennotwehr.

Auch eine energische Einwirkung auf den Angreifer kann zur Abwehr eines Angriffs auf die Ehre u. U. gerechtfertigt sein (RG.: DJZ. 1927, 386; BayObLGSt. 28, 226/27; KG. 4 V 295/30).

CC. Ausgleichung auf der Stelle erwiderter Beleidigungen und Körperverletzungen (§§ 199, 233 StGB.).

1. Allgemeine Voraussetzungen.

Während die Straffreierklärung beider Parteien, des PrivKl. wie des PrivBekl., zur Voraussetzung hat, daß auch gegen den PrivKl. Antrag auf Bestrafung gestellt oder Widerklage erhoben worden ist (RG. I, 677/22; BayObLGSt. 7, 4), setzt die Straffreierklärung des Angekl. auf die Privatklage **nicht** voraus, daß auch gegen den Gegenbeleidiger auf Bestrafung angetragen worden ist (KG.: Recht 1906, 389; 4 V 259/29; 213/30; 285/30).

Zur Anwendung der §§ 199, 233 StGB. genügt es, wenn die Schutzbehauptungen des Angekl., er sei vom Verletzten in bestimmter Weise beleidigt oder mißhandelt worden, nicht als widerlegt angesehen werden können; eine positive Feststellung der Zweittat ist nicht unbedingt erforderlich (KG. 2 S 69/23; 4 V 285/30).

Erforderlich sind aber gegenseitige **strafbare** Beleidigungen oder Körperverletzungen (RG.: JW. 1930, 918 [22]).

Eine Ausgleichung ist daher nicht statthaft bei Beleidigungen, die durch § 193 StGB. gedeckt sind, oder bei Beleidigungen oder Körperverletzungen, die infolge Vorliegens eines Schuldausschließungsgrundes wie der §§ 2, 3 JGG. nicht strafbar sind (KG. 4 V 14/29: JurRdsch. 1929 Nr. 1800; GoltdArch. 74, 214; KG. 4 V 285/30) oder bei Körperverletzungen, denen aus dem Gesichtspunkt der Züchtigungsberechtigung Erwachsener gegenüber Jugendlichen die Widerrechtlichkeit ermangelt (KG. 4 V 285/30).

Ein „Erwidern auf der Stelle" setzt nicht voraus, daß die Zweittat, die Gegenbeleidigung oder Körperverletzung, unmittelbar nachfolgt. Vielmehr ist nur erforderlich, aber auch ausreichend, daß die Erwiderung während des durch die Ersttat hervorgerufenen Erregungszustands erfolgt (RGSt. 38, 339; KG. 4 V 3/27). Auch eine längere zeitliche Zwischenspanne steht daher, sofern der Erregungszustand fortdauert, der Anwendung der Vorschr. nicht entgegen (KG. 4 V 243/28).

Als ein „Erwidern auf der Stelle" ist auch diejenige Erwiderung anzusehen, welche der vom Ersttäter gegenüber einem Angehörigen des Zweittäters zugefügten Unbill durch den Zweittäter nachfolgt. Eine Ausgleichung ist danach möglich, wenn der verletzte Sohn, vertreten durch seine Mutter als gesetzliche Vertreterin, Privatklage erhoben hat, mit Schimpfworten, mit denen die Mutter ihrerseits den Angekl. belegt hat (KG. 4 V 79/28: GoltdArch. 73, 23; 4 V 348/29), ebenso wenn der Ehemann wegen einer seiner Frau zugefügten Beleidigung Privatklage erhebt, mit einer Gegenbeleidigung, die er selbst dem Angekl. zugefügt hat (KG. 4 V 42/30: JW. 1930, 13, 17 [5]; 4 V 110/30: JW. 1930, 3002 [35], gegen 2 V 14/15: KGJ. 47, C 317); ferner, wenn der Ehemann wegen Beleidigung seiner Ehefrau aus eigenem Rechte klagt, mit einer Gegenbeleidigung seiner Ehefrau (KG. 3 V 4/24; 4 V 307/30), die aber nicht Gegenstand der Widerklage sein kann (KG. 4 V 284/30).

Der Ausgleichung mit dem Klagedelikt steht auch nicht entgegen, daß die Zweittat bereits Gegenstand eines anderen vergleichsweise erledigten PrivatklageVerf. war (KG. 4 V 168/31; auch GoltdArch. 63, 470).

Dagegen ist eine Ausgleichung **nicht** statthaft, wenn sich die Gegenwirkung nicht gegen denjenigen richtet, von welchem die die Gegenwirkung auslösende Tat ausgegangen ist (KG. 4 V 17/29); die Erwiderung muß sich vielmehr stets unmittelbar an den Beleidiger wenden (KG. 4 V 141/30). Jedoch begreift die Anwartschaft des ersten Beleidigers auf Straffreiheit nicht weitere Taten, als die als Erwiderung zugefügte Beleidigung; bei replikweiser Erwiderung auf eine Gegenbeleidigung greift § 199 StGB. **nicht** Platz (KG. 4 V 142/30; 309/30). — Die gleichzeitig den Angekl. und seine Ehefrau beleidigende Äußerung der Ehefrau des PrivKl. kann nicht mit einer Beleidigung des Angekl. ausgeglichen werden, die außer der Ehefrau des PrivKl. den an jenem Angriff nicht beteiligten PrivKl. trifft (KG. 4 V 91/31).

Wenn eine leichte aus mehreren Akten bestehende fortgesetzte Körperverletzung einer Körperverletzung **und** einer Beleidigung unter den Voraussetzungen des § 233 StGB. gegenübersteht, so ist die Ausgleichung in der Weise zulässig, daß gegen **einen** Körperverletzungsakt des Angreifers die vom Gegner begangene Körperverletzung und gegen einen anderen Akt der Körperverletzung des Angreifers die vom Gegner begangene Beleidigung aufgerechnet wird (KG. 4 V 152/29).

2. Richterliche Prüfung.

Über die Anwendung der §§ 199, 233 StGB. entscheidet pflichtgemäßes richterliches Ermessen. Jedoch müssen die Urteilsgründe ergeben, daß sich der Tatrichter der Anwendungsmöglichkeit der Vorschr. bewußt gewesen ist und bei Verneinung der Anwendung nicht von rechtsirrtümlichen Voraussetzungen ausgegangen ist. In jedem Falle ist im Urteil die Versagung der Ausgleichung zu erörtern, wenn eine Partei sich auf die Ausgleichung berufen hat, oder die Sachlage eine Stellungnahme dazu geboten erscheinen läßt (KG. 4 V 335/28; 178/29).

DD. Hausfriedensbruch (§ 374 Ziff. 1 StPO.; § 123 StGB.).

Zu unterscheiden ist widerrechtliches Eindringen und unbefugtes Verweilen, trotz Aufforderung des Berechtigten, sich zu entfernen.

1. Hausfriedensbruch des Hauswirts in Ansehung abvermieteter Räume.

a) Gegenüber Mietern.

Der Hauswirt hat ein Recht auf Anwesenheit bei Überprüfung der vermieteten Wohnräume auf ihre mißbräuchliche Benutzung durch Sachverständige, z. B. Prüfung durch Gasrevisionsbeamte wegen Verdachts unbefugter Gasentnahme (KG. 4 V 315/29: JW. 1930, 3255[24]).

b) Gegenüber Dienstwohnungsberechtigten, wie Pförtnern (KG. 4 V 320/30).

2. Des Mieters in Ansehung von Räumen des Hauswirts.

Der Mieter hat in gewissen Grenzen ein Recht auf Betreten der Räume des Hauswirts zum Zwecke der Überbringung der Miete (KG. 4 V 258/30).

3. Verwandter und Ehegatten untereinander.

a) In der Zuweisung von Räumen an die von ihrem Ehemann getrennt lebende Tochter kann u. U. Verzicht des Vaters auf Ausübung des Hausrechts in Ansehung dieser Räume erblickt werden; deshalb kein Hausfriedensbruch des Schwiegersohns gegenüber dem Schwiegervater, wohl aber gegenüber dem Hausrecht der Ehefrau (KG. 4 V 103/29).

b) In der Zuweisung eines gesonderten Wohnungsteils des Ehemanns an die Ehefrau kann gleichfalls Verzicht des Ehemanns auf sein Hausrecht erblickt werden; deshalb ist Hausfriedensbruch in Ansehung dieser Räume durch den Ehemann möglich (KG. 4 V 106/30).

EE. Verletzung des Briefgeheimnisses (§ 374 Abs. 1 Ziff. 5 StPO.; § 299 StGB.).

Über die Verletzung des Briefgeheimnisses des Mieters durch den Untermieter (KG. 4 V 54/30; dazu auch RG.: JW. 1928, 662[31]).

FF. Sachbeschädigung (§ 374 Abs. 1 Ziff. 6 StPO.; § 303 StGB.).

Beschädigung der Kleider der Ehefrau ist vom Ehemann mit Privatklage nicht verfolgbar (KG. 4 V 321/30).

Tötung revierender Hunde als Sachbeschädigung (KG. 4 V 360/29; jetzt VO. v. 16. Dez. 1929 [GS. 189]).

GG. Verletzung des literarischen, künstlerischen und gewerblichen Urheberrechts (§ 374 Abs. 1 Ziff. 8 StPO.; §§ 12, 38, 45 LitUrhG.; §§ 22, 32, 41 KunstSchG.).

1. Verbotswidrige Vervielfältigung von Bildnissen aus dem Bereich der Zeitgeschichte (KG. 4 V 18/28).

2. Zum Begriff des Plagiats und der eigentümlichen Schöpfung (KG. 4 V 147/29).

3. Vervielfältigung von Photographien als Filmteile durch Unbefugte (KG. 4 V 336/29: JW. 1930, 1755[11]).

HH. Bedrohung (§ 374 Abs. 1 Ziff. 4 StPO.; § 241 StGB.).

Für den Vergehenstatbestand der Bedrohung genügt, daß der Täter mit seiner Drohung ernstlich bezweckte, die Befürchtung der Ausführung des angedrohten Übels zu erwecken.

II. Bestrafung und Strafzumessungsgründe.

1. Allgemeine Erwägungen.

Sowenig Tatbestandsmerkmale bei der Strafzumessung erschwerend ins Gewicht fallen dürfen (RGSt. 57, 379; 59, 254), ebensowenig dürfen Verdachtsgründe, wie etwa der, daß der eine oder andere Teil im Verdacht der Weiterverbreitung von Äußerungen stehe, zu einer härteren Strafe führen (RG.: JW. 1924, 320[41]; 1770[20]). Der Umstand, daß der PrivKl. auf Bestrafung besteht, darf nicht strafmildernd berücksichtigt werden (KG. 4 V 172/29); über qualifiziertes Schweigen als Straferhöhungsgrund: RG.: JW. 1930, 713[21].

Zur rechtlichen Bedeutung des Strafzwecks: KG. 4 S 100/30. Die Höhe der Strafe darf nicht mit außerhalb des Strafzwecks liegenden Erwägungen, wie dem Zweck, endlosen Erbschaftsstreitigkeiten Einhalt zu tun, gerechtfertigt werden (KG. 4 V 313/30).

Auch bei Versagung mildernder Umstände ist § 27 b StGB. zu berücksichtigen (KG. 4 V 4/31).

2. Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse.

a) Allgemeines.

Nach § 27 c StGB. sind bei der Bemessung einer Geldstrafe die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen. Der Hinweis auf die Angemessenheit der Strafe ist danach allein regelmäßig kein ausreichender Strafzumessungsgrund (KG. 4 V 103/28); die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters sind auch bei einem Ausspruch nicht ausreichend berücksichtigt, daß die erkannte Geldstrafe im Hinblick auf die „wohl“ auskömmlichen Verhältnisse des Täters durchaus angemessen erscheine. Vielmehr sind diese Verhältnisse von Amts wegen, geeignetenfalls vor der Hauptverhandlung zu ermitteln und in ihr zu erörtern (KG. 4 V 138/30).

Vermögenslosigkeit steht der Verhängung einer Geldstrafe ebensowenig entgegen (KG. 4 S 80/28: JurRdsch. 1928 Nr. 787), wie andererseits Wohlhabenheit für sich allein nicht zu rechtfertigen vermag, daß von der Verhängung einer Geldstrafe abgesehen wird (KG. 4 V 175/30).

b) Bewilligung von Zahlungsfrist und Teilzahlung.

Nach § 28 Abs. 1 StGB. hat das Gericht dem Verurteilten, sofern ihm nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht zuzumuten ist, daß er die Geldstrafe sofort zahle, schon im Urteil eine Frist zu bewilligen, oder ihm zu gestatten, daß er die Strafe in bestimmten Teilbeträgen zahle (RGSt. 60, 16; KG. 4 V 30/28). Die Nichtberücksichtigung des § 28 Abs. 1 StGB. im Urteil stellt den Angekl. ungeachtet der ihm verbleibenden Möglichkeit, die nachträgliche Bewilligung von Zahlungsfrist oder Teilzahlungen zu erreichen (§ 28 Abs. 2 StGB.), insofern ungünstiger, als die Bewilligung nach § 28 Abs. 1 StGB. zwingend ist, während die nachträgliche Bewilligung gemäß § 28 Abs. 2 StGB. im Ermessen des Gerichts steht (KG. 4 V 283/30).

3. Zuerkennung einer Buße (§§ 188, 231 StGB.; §§ 403, 463 StPO.).

Der Gesamtbetrag einer Buße kann mehreren Verurteilten nicht zu Teilbeträgen auferlegt werden (KG. 4 V 293/30; RGSt. 37, 400).

III. Kostenentscheidung (§§ 464 ff. StPO.).

Die §§ 464 ff. StPO. stellen sachliches Recht dar (RGSt. 59, 127; KG. 4 V 50/29). Unter „Kosten“ sind die Gerichtsgebühren der §§ 59 f. DGKG. sowie die gerichtlichen Auslagen der §§ 71 f. DGKG. in gleicher Weise wie die außergerichtlichen Gebühren und Auslagen der Anwälte (§ 471 Abs. 5 StPO. Schlußsatz, §§ 63 ff. RAGebO.) und der Partei selbst zu verstehen (KG. 4 V 249/28).

1. Grundsätzliche Regelung.

Der verurteilte Angekl. hat sämtliche Kosten, auch die dem Privatkläger erwachsenen notwendigen Auslagen zu erstatten (§§ 465 Abs. 1, 471 Abs. 1, 5 StPO.; KG. 4 V 142/29). Einem freigesprochenen Angekl. oder demjenigen Angekl., dem gegenüber das Verfahren eingestellt ist, können nur solche Kosten auferlegt werden, welche er durch eine schuldbare Versäumnis verursacht hat. Im übrigen fallen, wenn der Beschuldigte außer Verfolgung gesetzt oder freigesprochen oder das Verfahren eingestellt worden ist, dem Privatkläger die Kosten des Verfahrens sowie die dem Beschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen zur Last (§§ 467, 471 Abs. 3 StPO.).

Im Falle der Freisprechung können daher die Kosten als solche niemals dem Angekl. auferlegt werden, sondern stets nur dem Privatkläger.

Anders bez. des für straffrei erklärten Angekl. (§ 468 StPO.; RGSt. 13, 421; KG.: BayObLGSt. 26, 74).

2. Kostenausspruch bei mehreren Angekl.

Mehrere Angekl. können nach § 471 Abs. 4 Satz 2 StPO. in Ansehung der Kosten als solcher niemals als Gesamtschuldner verurteilt werden, sondern nur in Ansehung der dem Privatkläger erwachsenen notwendigen Auslagen (§ 471 Abs. 3 Satz 2 StPO.).

3. Kostenausspruch „Wenn den Anträgen des Privatklägers nur zum Teil entsprochen worden ist“ (§ 471 Abs. 2 StPO.).

Im Falle der Anschuldigung der Begehung mehrerer Delikte gilt bei teilweisem Freispruch bez. eines derselben § 466 Abs. 1 StPO. Der Privatkläger hat also die Kosten zu tragen, insoweit sie durch den Freispruch entstanden sind (§ 471 Abs. 3 StPO.).

Die Vorschrift des § 471 Abs. 2 StPO. betrifft nur den Fall, daß bei Verurteilung wegen eines und desselben Delikts den Anträgen des Privatklägers nur zum Teil entsprochen ist, z. B. der Angekl. für schuldig, aber

für straffrei erklärt ist, oder aber der Angekl. zwar bestraft, dem Privatkläger aber Veröffentlichungsbefugnis oder Buße abgesprochen worden ist (KG. 4 V 50/29; 173/30; BayObLGSt. 12, 395).

§ 471 Abs. 2 StPO. bestimmt nur, daß die im Verfahren, d. h. in den Instanzen, entstandenen Auslagen sowie die dem Privatkläger und dem Beschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen nach freiem Ermessen angemessen verteilt werden können, umfaßt also nicht die Gerichtsgebühr.

4. Kostenausspruch bei „auf der Stelle erwiderten Beleidigungen oder Körperverletzungen" (§ 468 StPO.; §§ 199, 233 StGB.).

Nur für den Fall auf der Stelle erwiderter Beleidigungen oder Körperverletzungen ist eine Verteilung der Gesamtkosten zulässig, und zwar in dem Sinne, daß die Gesamtkosten — also Gebühren und Auslagen — entweder einem oder beiden für straffrei erklärten Parteien ganz bzw. quotenmäßig auferlegt werden (RG.: JW. 1926, 823[6]).

Die Anwendung des § 468 StPO. ist ebenso wie die des § 199 StGB. davon unabhängig, daß der Beleidiger seinerseits Gegenantrag auf Bestrafung gestellt hat (KG. 4 V 285/30; BayObLG.: LZ. 1927, 134).

Für die Verteilung der Kosten gemäß § 468 StPO. (ebenso Auslagenverteilung § 471 Abs. 2 StPO.) kann nur der Grad der gegenseitigen Schuld maßgebend sein, nicht dagegen, welche Partei zuerst Berufung eingelegt, und welche höhere Zeugengebühren veranlaßt hat (KG. 4 V 157/31).

Sind Privatklagen mehrerer Verletzter miteinander verbunden und greift die Ausgleichung der mit jeder Privatklage geltend gemachten Straftat mit einer Straftat des einzelnen Privatklägers durch, so rechtfertigt sich die getrennte Entsch. über die durch eine jede Privatklage erwachsenen Kosten (KG. 4 V 285/30).

5. Kostenausspruch bei Klage und Widerklage, wenn nicht einer der Beteiligten oder beide für straffrei erklärt sind.

Die gesamten Kosten der Klage und Widerklage quotenmäßig zu teilen ist nur im Ausnahmefall des § 468 StPO. zulässig, wenn also einer oder beide Teile für straffrei erklärt sind (BayObLGSt. 26, 74).

Im übrigen sind, soweit auf Klage bzw. Widerklage Verurteilung erfolgt, die Vorschriften der §§ 465, 471 Abs. 1 StPO. anzuwenden, soweit auf Klage bzw. Widerklage Freispruch erfolgt, die Vorschriften der §§ 467, 471 Abs. 3 StPO. (KG. 4 V 153/30; BayObLGSt. 22, 48; 25, 219; aber 26, 282; in SeuffArch. 77, 485 und Alsberg: StPO. Entsch. 3, 338).

Wenn im Wege der Klage oder der Widerklage mehrere Delikte verfolgt werden, der Privat- oder Widerkläger aber nur wegen eines derselben Bestrafung erzielt, so gilt für Klage und Widerklage gesondert § 466 StPO.; wenn dagegen der Privat- oder Widerkläger mit seinen Anträgen in Ansehung eines und desselben Privat- bzw. Widerklagedelikts nur teilweise durchdringt, so gilt für Klage und Widerklage gesondert § 471 Abs. 2 StPO. (lediglich Verteilung der Auslagen).

6. Kostenausspruch bei Rechtsmitteln § 473 StPO.:

a) Bei vollem Erfolge.

Die Kosten des Rechtsmittels treffen den unterliegenden Teil. Bei Verurteilung gelten die §§ 465 Abs. 1, 471 Abs. 1 StPO., wobei sich ein Ausspruch darüber erübrigt, daß der Verurteilte auch die dem Privatkläger erwachsenen notwendigen Auslagen zu erstatten hat, weil dies selbstverständliche gesetzliche Folge der Verurteilung ist. Bei Freisprechung des Privatbeklagten treffen die Kosten gemäß §§ 467, 471 Abs. 3 StPO. den Privatkläger, wobei sich wiederum ein Ausspruch darüber erübrigt, daß dieser auch die dem Beschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen zu tragen.

Wird Urteil nur teilweise angefochten und insoweit Erfolg erzielt, treffen Kosten des Rechtsmittels den Beschwerdegegner (RGSt. 45, 268); ebenso, wenn Rechtsmittel nur in nebensächlichem Punkte keinen Erfolg hat (RG.: JurRdsch. 2 Nr. 1098, 2191).

b) Bei voller Erfolglosigkeit des Rechtsmittels gilt Entsprechendes.

c) Bei teilweisem Erfolg

kann das Gericht die Gebühr der Rechtsmittelinstanz ermäßigen und die entstandenen Auslagen angemessen verteilen (§ 473 Abs. 1 Satz 3), aber nur die Auslagen der Rechtsmittelinstanz (KG. 3 V 164/27; Recht 1927 Nr. 2648; KG. 4 V 279/31).

„Teilweiser Erfolg" i. S. der Vorschriften liegt vor, wenn zunächst Berufung unbeschränkt eingelegt ist, demnächst aber auf Strafausspruch beschränkt und Strafe herabgesetzt wird (KG.: GoltdArch. 39, 87; vgl. aber JW. 1928, 757), oder wenn Freisprechung begehrt, aber nur mildere Bestrafung erzielt wird.

Im Falle des § 473 Abs. 1 Satz 3 StPO. ist ähnlich wie in § 471 Abs. 2 StPO. quotenmäßige Teilung der gesamten Kosten unzulässig; vielmehr ist statthaft nur Ermäßigung der Gerichtsgebühr und angemessene Verteilung der Auslagen (KG. 4 V 142/29).

§ 473 Abs. 1 Satz 3 StPO. trifft aber entsprechend § 471 Abs. 2 StPO. nicht den Fall, daß das in vollem Umfange angefochtene Urteil mehrere strafbare Handlungen zum Gegenstand hat, das eingelegte Rechtsmittel aber nur hinsichtlich einer der strafbaren Handlungen Erfolg. Für solche Fälle gilt vielmehr ausschließlich § 466 StPO. (Recht 32 Nr. 719).

Die Rechtsmittelinstanz hat nur über die Ermäßigung derjenigen Gebühr und die Verteilung derjenigen Auslagen zu befinden, die durch das Verfahren vor ihr entstanden sind, nicht dagegen über Gebühren und Auslagen früherer Instanzen (KG.: Recht 31 Nr. 2648).

7. Die Niederschlagung von Kosten infolge unrichtiger Sachbehandlung (§ 6 DGKG.).

Das Niederschlagungsgesuch setzt offenbar unrichtige Sachbehandlung voraus; es vermag dagegen im übrigen keinen neuen Rechtsmittelzug zu eröffnen (KG. 4 W 47/30: JW. 1930, 1525[36]).

Schrifttum.

Das Reichsnotverordnungsrecht in Stichworten mit Quellenangabe. Herausgegeben von **Friedrich Klee**, Justizrat im preuß. Justizministerium. Berlin 1932. Carl Heymanns Verlag. Preis 2 ℳ.

Die Notgesetzgebung auf Grund des Art. 48 Abs. II RVerf. hat seit Mitte 1931 einen nicht voraussehbaren Umfang angenommen. Das Zurechtfinden durch die in die verschiedensten Gebiete des Wirtschafts- und Rechtslebens tief eingreifenden Bestimmungen mit den in erheblicher Zahl ergangenen Ausführungs- und Durchführungsbestimmungen ist nur noch schwer möglich. Deshalb ist der Versuch, den der Verf. unternimmt, um den Überblick durch ein Stichwortverzeichnis mit Quellenangabe zu erleichtern, begrüßenswert und entspricht einem praktischen Bedürfnis.

D. S.

M. Stengleins Kommentar zu den Strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches. 5. Auflage, völlig neu bearbeitet von Dr. Ludwig Ebermayer, Oberreichsanwalt a. D. Prof., Dr. Albert Feisenberger, Reichsanwalt, Dr. Karl Schneidewin, Reichsanwalt, Ernst Conrad, Reichsgerichtsrat a. D., Johannes Floegel, Oberstaatsanwalt bei der Reichsanwaltschaft, Dr. Otto Schwarz, Reichsgerichtsrat. Berlin 1926—1931. Verlag von Otto Liebmann.

Die Besprechung soll baldmöglichst erscheinen.

Die neuen Maßnahmen gegen Waffenmißbrauch mit den DurchfBest. des Reichs und Preußens. Erläutert von Dr.

Werner Hoche, Ministerialrat im Reichsministerium des Innern. Berlin 1932. Franz Vahlen. 23 S. Preis 1,20 ℳ.

Unter ständiger Bezugnahme auf seine größeren früheren waffenrechtlichen Erläuterungswerke gibt der Verf. hier eine vortreffliche Einführung in die neuesten Notmaßnahmen, die ja in größtem Umfang jeden Staatsbürger betreffen. An Einzelheiten mag hervorgehoben werden, daß Hoche (S. 16 ff.) für die praktisch besonders wichtigen Messer anscheinend u. U. landschaftlich verschieden entscheiden will, ob sie als Hieb- und Stoßwaffen i. S. der VO. anzusehen sind. Das führt aber bei der Anwendung des § 4 Teil 8 Kap. I VO. v. 8. Dez. 1931 zu Schwierigkeiten. Soll das in Süddeutschland ansässige Versandhaus die sog. Fahrtenmesser ohne behördliche Genehmigung nach Norddeutschland versenden dürfen? Eine absolute Bestimmung wäre trotz mancher Bedenken hier im Interesse der Rechtssicherheit sehr erwünscht. D. S.

Dr. **Karl Schäfer,** Amtsgerichtsrat im preuß. Justizministerium, und **Dr. Sigmund Cohn,** Land- und Amtsgerichtsrat: **Gesetz gegen Waffenmißbrauch vom 28. März 1931** (RGBl. I, 77). Berlin 1931. Carl Heymanns Verlag. Preis 2 ℳ.

Das neue WaffenmißbrG. stellt die Praxis vor eine Anzahl neuer schwieriger Fragen, besonders ist es die — vom gesetzgeberischen Standpunkt aus allerdings notwendige — Elastizität der verwandten Rechtsbegriffe, die den Untergerichten wahrscheinlich erhebliche Schwierigkeiten bereiten wird und die Unterstützung durch sorgfältige Erläuterungen notwendig macht. Die Begründung zu dem Gesetze (die in dem vorl. Buch abgedruckt ist: S. 58 ff.) enthält zwar einige Hinweise für die Auslegung, trotzdem aber blieb den Komm. viel zu tun übrig. Namentlich sind die Begriffe „Hieb- oder Stoßwaffe" zu klären, von deren verständiger Auslegung es abhängt, ob das Gesetz zu einer wirksamen Bekämpfung des verbrecherischen Rowdytums oder zu einer Schikane für den nichtsahnenden Bürger wird. Die Verfasser gründen ihre Erläuterungen auf die frühere Rspr. und Lehre zu gleichen oder ähnlichen Begriffen in älteren Gesetzen. Ihre Ausführungen verdienen im allgemeinen Beifall, insbes. auch (diesmal entgegen einer beiläufig ausgesprochenen Stellungnahme des RG. [RGSt. 65, 36]) daß unter Führen von Hieb- und Stoßwaffen mit der amtlichen Begründung nur ein solches Bei-sich-Tragen zu verstehen ist, bei dem der Träger den Zweck verfolgt, gegebenenfalls von der Waffe Gebrauch zu machen. D. S.

Dr. **Erik Wolf,** Professor in Freiburg i. Br.: **Vom Wesen des Täters.** (Recht und Staat 87.) Tübingen 1932. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 36 Seiten. Preis 1,50 ℳ.

Der Verf. will den bisherigen Täterbegriff im Strafrecht ersetzen: an Stelle naturalistischen Täterbegriffs und an Stelle des historischen Täterbegriffs entwickelt er einen normativen Täterbegriff, der den Täter als den Rechtsgenossen mit verfallender Rechtsgesinnung kennzeichnet. Die dogmatischen und rechtspolitischen Folgen des neuen Begriffes werden gezeigt. D. S.

Dr. **Otto Ludwig Walter: Wahrheit und Rechtskraft.** München 1931. Verlag Otto Maidl.

Es handelt sich um eine systematische Abhandlung, welche sich zu etwa 1/3 mit den materiellen Voraussetzungen, zu 2/3 mit den Verfahrensvorschriften befaßt und einige wertvolle Ausführungen zu einzelnen Fragen des Wiederaufnahmeverfahrens bringt, dagegen eigentlich nichts zu dem Grundproblem, das der Titel verspricht.

Hinsichtlich der einzelnen Fragen ist folgendes hervorzuheben:

Es ist zu begrüßen, daß Walter S. 33 energisch für die Nichtanwendung des § 364 StPO. gegenüber dem Vorbringen „neuer" Tatsachen oder Beweismittel unter Anführung einer erheblichen Literatur und Judikatur sich ausspricht. Allerdings erwähnt er die sehr wichtige Entsch. v. 5. Febr. 1925: JurRdsch. III, 505 nicht, während Hans v. Hentig, Wiederaufnahmerecht, Heidelberg 1930, S. 95 in ausführlicher Weise auch ihr gegenüber Stellung nimmt. Die 1931 erschienene Schrift von Walter erwähnt überhaupt — weder im Verfasserverzeichnis S. 5 noch sonst — das im Mai 1930 erschienene Standardwerk von v. Hentig — eine erhebliche Lücke! Anscheinend kennt es der Verf. nicht, während die öfter zitierten älteren Werke von Sello (1911) und von Alsberg (1913) trotz allen wertvollen Inhalts jener Schrift gegenüber etwas überholt sind. Bei eingehender Beachtung des v. Hentigschen Buches würden vielleicht auch einige unebene Feststellungen Walters vermieden worden sein wie die (S. 37), daß der Verteidiger ein „selbständiges Antragsrecht" hätte; der Verteidiger übt trotz Vollmacht das Recht eines anderen aus. Daß die Vollmacht über die Rechtskraft hinaus auch für die Wiederaufnahme fortgilt, hat hiermit nichts zu tun.

Auch die Ansicht Walters, daß der Privatkl. und Nebenkl. Wiederaufnahme nicht zugunsten des Angekl. betreiben können, weil sie eine reine Parteistellung hätten, erscheint nicht zutreffend. Beide haben keine reine Parteistellung; aber selbst wenn sie dieselbe hätten, so könnten sie doch deshalb eine Wiederaufnahme zugunsten des Angekl. nicht beantragen, weil die Wiederaufnahme kein Rechtsmittel ist (vgl. Werthauer, Die Privatklage § 390 Anm. 6 und Löwe-Rosenberg § 399 Anm. 3).

Die Ansicht (S. 37), daß die Wiederaufnahme in einer Privatklagesache nach dem Tode des Privatkl. in den Formen des Privatklageverfahrens fortgesetzt werden könne, dürfte nicht zutreffend sein. Das Privatklageverfahren beruht auf dem Gedanken, daß der Privatkl. auf die Verfolgung jederzeit verzichten kann. Solcher Verzicht ist nach dem Tode unmöglich. Deshalb kann auch der Angekl. im Privatklageverfahren eine Wiederaufnahme nach dem Tode des Privatkl. nicht durchführen. In solchem Fall kann nur die StA. von Amtswegen das Verfahren übernehmen. Sie darf dies nach Stellung des Antrags. Lehnt sie ab, so ist Wiederaufnahme unmöglich (vgl. v. Hentig a. a. O. S. 148 Anm. 3). Dieser zieht allerdings zu Unrecht § 391 [3] StPO. zur Begründung heran, der aber keineswegs eine Verhandlung ohne Anwesenheit des Privatkl. gestattet, sondern nur sein Ausbleiben als „Zurücknahme erklärt" (vgl. Werthauer a. a. O. § 388 Anm. 7).

Zu vielen anderen auftauchenden Fragen nimmt Verf. in zielbewußter, richtiger Weise Stellung, so daß das Buch für den Lernenden sicher wertvoll, für den Praktiker aber neben den großen Kommentaren, in denen fast alle diese Fragen behandelt sind, weniger bedeutungsvoll ist.

Zum oben angedeuteten Hauptproblem aber bringt uns das Buch einer Lösung nicht näher. Unsere StPO. hält sich auf einer Mittellinie zwischen der Autorität rechtskräftiger Urteile und dem ewigen unauslöschlichen Bestreben auf Aufhebung eines Urteils, das einen Unschuldigen verurteilt.

Wer die Praxis von Jahrhunderten studiert hat und über die Praxis aus den letzten Jahrzehnten verfügt, weiß, daß gerade hier die Hauptfrage zu beantworten ist. Er weiß, wie unendlich schwer unschuldig Verurteilte über die Unabwendbarkeit ihres Schicksals sich zu beklagen haben.

Die frühere politische Machtposition der Fürstengewalt hatte in ihrem Gnadenrecht sich wenig um die Erhaltung der „Autorität" von Rechtssprüchen Sorge gemacht. Es gab ferner in Preußen sogar eine vorübergehende Zeit, in welcher rückhaltlos die Unschuld gegenüber jedem Urteil nachgewiesen werden konnte. In interessanter Weise zeigt Hartung: JW. 1931, 2764 das Eindringen und fast den Übergang der Gnadenmacht in die gesetzliche Verankerung, ja, daß vielleicht von hier aus eine Art Lösung des Problems zu erwarten ist.

Walter nimmt zu diesem Urproblem eigentlich nicht selbständig Stellung und verweist auch im Schlußwort (S. 54), in welchem er über Reformen spricht, abgesehen von einigen formellen Andeutungen, nur auf den DJT., indem er die Hoffnung ausspricht, daß die „Wiederaufnahmereformen" nun endlich zum Ziele (zu welchem?) gelangen mögen.

Es kann die Lösung nur in dem Verlassen des Glaubens an die Autorität rechtskräftiger Urteile zugunsten der Wahrheit und der Feststellung liegen, daß der Unschuldige stets gegen ein unrichtiges Urteil ankämpfen kann.

JR. Dr. Johannes Werthauer, Berlin.

Moritz Liepmann: Krieg und Kriminalität in Deutschland. Veröffentlichungen der Carnegie-Stiftung für Internationalen Frieden. Abteilung für Volkswirtschaft und Geschichte. Wirtschafts- und Sozialgeschichte des Krieges. Deutsche Serie. Stuttgart 1930. Deutsche Verlagsanstalt. XIII u. 197 S. Preis 10 ℳ.

„Den Krieg in seinem Einfluß auf die Kriminalität zu erfassen" — so schreibt der Generalherausgeber des großen Gesamtwerkes der Carnegie-Stiftung, Prof. J. T. Shotwell, im Vorwort zu Liepmanns Schrift — „ist eine der schwersten, aber auch eine der wichtigsten Aufgaben des Soziologen, der auch gewaltsamstem Geschehen Lehren der Ordnung für den Frieden abgewinnen will. Moritz Liepmann hat es, in lebhaftem Gefühl für die Wichtigkeit und Schwere der Arbeit übernommen, dieses Thema zu behandeln, obgleich ihn die Führeraufgabe bei der Umbildung des Strafvollzugs in Deutschland in allen Kräften seiner glühenden Menschenliebe und seines leidenschaftlichen Gerechtigkeitssinnes ganz für sich in Anspruch nehmen wollte. Er hat sich die Zeit für diese Arbeit in den drei letzten Jahren seines Lebens in übermäßiger Anstrengung erzwungen; die Niederschrift der ersten Fassung, in der nur wenige Abschnitte unausgeführt geblieben waren, lag auf seinem Schreibtisch, als ihn der Tod antrat".

Ein nachgelassenes Werk Liepmanns, das letzte, das uns von ihm geblieben ist, ein Werk, das, wenn Liepmann der Strafrechtswissenschaft weiter hätte dienen dürfen, ein ungemein verheißungsvoller Auftakt gewesen wäre für dasjenige Werk, zu dem niemand so wie er berufen gewesen ist, für eine „ätiologische

Gesamterfassung der Kriminalität der Gegenwart" nebst der dazu gehörigen „kritischen Methodenlehre", über deren Fehlen Liepmann selbst mit Recht klagt. Die folgenden Zeilen sollen von dem geistigen Reichtum des Buches Zeugnis ablegen und recht viele zu intensivem Studium des Werkes anregen. Einen auch nur annähernden Einblick in die Fülle sorgsam verarbeiteten Materials zu geben, ist schlechterdings unmöglich.

Unter „Kriegskriminalität" versteht Liepmann die „Kriminalität der Kriegs- und Nachkriegszeit", wobei die letztere jene an den Krieg sich anschließende Epoche darstellt, in der die dem Kriege eigenen „psychischen Faktoren der Kriminalität" fortwirken, also eine im sozialen Geschehen und individuellen Erleben sich ausprägende „innere Verbindung" mit dem Kriege weiterdauert. Die Dauer dieser Epoche rechnet Liepmann bis zum Ende der Inflationszeit. Für diesen Zeitraum sucht er mit Hilfe der Kriminalstatistik das Kriminalitätsbild zu zeichnen und gleichzeitig die gewonnenen Ergebnisse kriminologisch-kausal zu erklären. Freilich wird dabei nicht alles berücksichtigt, was mit dem Problem „Krieg und Kriminalität" zusammenhängt. Es scheiden zunächst einmal die strafbaren Handlungen der zum Heeresdienst Eingezogenen aus, und es werden ferner von der statistischen Erfassung ausgeschlossen diejenigen Delikte, die man vielleicht mit gewissem Recht gerade als die typischen Kriegsdelikte ansprechen könnte, nämlich die Verstöße gegen die zahllosen Kriegswirtschaftsgesetze, zu deren Erlaß der um die Existenz ringende deutsche Staat sich veranlaßt sah. Die Darstellung beschränkt sich mithin auf die Kriminalität der strafmündigen Zivilbevölkerung und auf diejenigen strafbaren Handlungen, die gewissermaßen als Stammdelikte des Strafrechts angesprochen werden können. Freilich sucht Liepmann diese Erscheinungen auf dem Hintergrunde eines Gesamtbildes des Krieges zu würdigen, für dessen Zustandekommen auch jene von der genaueren Darstellung ausgeschlossenen Phänomene mit maßgebend gewesen sind. Versteht es sich doch von selbst, daß weder die Entvölkerung der Heimat durch die Einziehungen zum Heere noch die Einführung der Kriegswirtschaft als einer partiell sozialistisch gestalteten Staatswirtschaft in einem Werke über die Kriegskriminalität übergangen werden können, und sehr richtig zeigt Liepmann die Bedeutung der Kriegswirtschaftsstrafgesetze in dem Sinne auf, daß ihre zahllosen, bei allen Staatsbürgern mehr oder weniger zur Gewohnheit gewordenen Übertretungen ganz allgemein zur Mitursache dafür wurden, daß die Scheu vor der Begehung strafbarer Handlungen und die Achtung vor den sonstigen Gesetzen des Staates untergraben wurden.

Der erste Teil des Buches, der über Gegenstand und Methode Auskunft gibt, enthält, da Liepmann ja von einer statistischen Betrachtungsweise auszugehen sucht, vor allem eine außerordentlich wertvolle Betrachtung über die Möglichkeiten und Gefahren einer kriminalstatistischen Betrachtungsweise überhaupt. Das Wesen der Kriminalstatistik als einer „Pönalstatistik", die Beschränkung der deutschen Reichskriminalstatistik auf Verbrechen und Vergehen gegen die Reichsgesetze, die Bedeutung der „Kriminalitätsziffern", der „Dunkelziffer" und aller sonstigen Momente, die bei der Auswertung der statistischen Ergebnisse und dem Verstehen der statistischen Zahlen notwendig beachtet werden müssen — alles dies wird in wertvollen methodologischen Betrachtungen in dem Eingangskapitel erörtert. Die möglichen Fehlerquellen hat Liepmann also mit voller Deutlichkeit gesehen, so daß sie für seine weitere Darstellung nicht gefährlich werden können.

Methodisch so ausgerüstet, erörtert Liepmann im zweiten Teil, stets ausgehend von den kriminalstatistischen Zahlen, die für das Kriminalitätsbild bedeutungsvollsten Deliktsgruppen, die Delikte gegen den Staat, die strafbaren Handlungen gegen die Person und die strafbaren Handlungen gegen das Vermögen. Überall wird er den spezifischen Besonderheiten der in Frage kommenden Deliktsgruppen in sorgfältiger Berücksichtigung aller maßgebenden Momente gerecht. Vorzüglich sind etwa die eindringenden Ausführungen über die Entwicklung der Amtsdelikte, die ein besonders komplexes Problem darstellen, sehr lesenswert die Erörterungen über Mord, Totschlag und Körperverletzungen, außerordentlich anschaulich die Ausführungen über die Vermögensdelikte, insbes. die wirtschaftlichen Ursachen, die sich hier ausgewirkt haben. Im Anschluß hieran werden im dritten Teil einzelne Verbrechergruppen herausgegriffen, leider unter Beschränkung auf die Jugendlichen und die Frauen. Was aber insbes. über die Kriminalität der Jugendlichen auf 50 Seiten zur Darstellung gebracht wird, gehört zum Besten, was über dieses Problem geschrieben sein dürfte. Im vierten Teil werden, in leider sehr knapper Zusammenfassung die Folgerungen aus dem Gesamtbilde der Kriminalität gezogen mit einem Ausblick auf die Problematik zukünftiger Verbrechensbekämpfung überhaupt. Die Gesamttendenz Liepmannscher Kriminalpolitik klingt hier an in der scharfen Zurückweisung aller moralisierenden Betrachtungsweisen gegenüber auch dem höchsten Anschwellen der Kriminalitätsziffern und in der energischen Forderung nach äußerster Zweckmäßigkeit des kriminalpolitischen Vorgehens des Staates auf der Grundlage sorgfältiger kausaler Erfassung der kriminalistisch wesentlichen Tatsachen. Die „vertiefte kausale Erkenntnis ist eine unerläßliche Voraussetzung für eine intensive pädagogische Behandlung". Für diese aber verlangt Liepmann in Einklang mit modernen pädagogischen Richtungen im Sinne Nohls eine „konstruktive, von innen heraus aufbauende Methode". Daß eine solche Einstellung zum Problem der Verbrechensbekämpfung absolut gar nichts zu tun hat mit einer Verweichlichung und Entnervung der Strafrechtspflege, hat Liepmann klar erkannt. In diesem Sinne betrachtet er es als „eine außerordentliche Gefahr, daß unter dem Eindruck des nach dem Kriege einsetzenden großen Aufschwunges sozialpädagogischer Gedanken eine Pädagogisierung des Strafvollzugs in schnellerem Tempo sich auszubreiten sucht, als die innere und äußere Erneuerung der Kräfte unseres Gefängnisdienstes möglich ist". Denn: „Eine Pädagogisierung, welche lediglich in einer Milderung der in ihrem Grunde repressiven Behandlung der Gefangenen besteht, muß notwendig zu schweren Enttäuschungen und Rückschlägen führen, welche — zwar zu Unrecht, aber darum nicht minder wirksam — nur zu leicht geeignet sind, den wirklichen Erziehungsgedanken zu kompromittieren." So führen Liepmanns Betrachtungen in ihrem Schlußergebnis über die Problematik der Kriegskriminalität hinweg zur Problematik der modernen Verbrechensbekämpfungsmethoden überhaupt.

Daß dieses letzte und bedeutungsvolle Werk aus Moritz Liepmanns Feder in unseren Bibliotheken nicht fehlt, ist der entsagungsvollen Arbeit zu danken, mit der Max Grünhut, unterstützt von einer Reihe von Mitarbeitern, die letzte Feile an das von Liepmann hinterlassene Manuskript gelegt hat. Dem Dank, den Shotwell am Schlusse seines Vorwortes Grünhut zum Ausdruck bringt, wird jeder beipflichten, der das inhaltsreiche Buch auf sich wirken läßt.

Prof. Dr. Eberhard Schmidt, Hamburg.

47. Jahrbuch der Gefängnisgesellschaft für die Provinz Sachsen und Anhalt. Freiheit und Verantwortung. Halle a. S. 1931. Im Selbstverlag der Gefängnisgesellschaft. 134 Seiten. Preis 3 *M*.

Dr. Werner Goldschmidt: Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit entwickelt an der Lehre vom Hausfriedensbruch. (Abhandlungen des Kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin, Vierte Folge, Zweiter Band, Zweites Heft.) Berlin 1931. Walter de Gruyter & Co. 51 S. Preis 4 *M*.

Der Verf. geht von der richtigen Erkenntnis aus, daß § 59 den Tatbestandsirrtum für erheblich erklärt, über die Bedeutung des Verbotsirrtums aber sich ausschweigt, nicht etwa seine Beachtlichkeit verneint. Er unternimmt es deshalb, die Frage aus dem Schuldbegriff heraus zu lösen, und gelangt auf dem doch wohl vermeidlichen Umweg über die Besinnung auf die Gerechtigkeit des Strafbegriffs zu dem Ergebnis, daß auf seiten des Täters zum mindesten die Möglichkeit des Unrechtsbewußtseins bestanden haben muß. Zu erwägen sei indessen, ob darüber hinaus Aktualität dieses Bewußtseins, wenn nicht allgemein, so doch wenigstens bei gewissen Delikten zu fordern sei. Bei der vorzunehmenden Sichtung fallen diejenigen Tatbestände in das Auge, welche das Merkmal der Rechtswidrigkeit aufweisen („unrechtsbetonte Delikte"); sie legen den Gedanken nahe, daß bei ihnen der Unrechtscharakter weniger evident ist und also auch vom Täter leichter verkannt werden könnte, so daß hier eine Mehrforderung am Platze sein könnte. Dazu jedoch fehlt es der Gruppe an dem erforderl. einheitl. Gepräge. Es gilt daher, die Einzeltatbestände einer Analyse zu unterziehen. Der Verf. führt diese Aufgabe für die verschiedenen Modalitäten des Hausfriedensbruchs in hier nicht näher zu verfolgender überaus sorgfältiger Untersuchung durch mit dem Resultat, daß er für alle Fälle des Hausfriedensbruchs durch Begehung sich mit dem möglichen Bewußtsein des Unrechts zu begnügen, für die Fälle des Hausfriedensbruchs durch Unterlassung Bewußtsein möglichen Unrechts zu fordern sich veranlaßt sieht.

Daß es sich bei alledem um ein Problem der Schuld und nicht des Vorsatzes handelt, wird richtig erkannt (S. 45 ff.). Weniger glücklich will es scheinen, daß Goldschmidt gleich im ersten Satz seiner Schrift vom Bewußtsein von den Tatsachen spricht, auf die sich der Tatbestand bezieht, während er doch gleich darauf (Anm. 3) sehr zutreffend darauf aufmerksam macht, daß § 59 nicht von tatsächlichen, sondern von Tatumständen redet, woraus er die Lehre hätte ziehen sollen, daß der ganze Gegensatz von Tatirrtum und Rechtsirrtum sich auf schiefem Geleise bewegt und in der Tat die Quelle aller das Irrtumsproblem korrumpierender Irrtümer ist. Es kann ebensowohl ein „Rechtsirrtum" den Grund abgeben für eine Unkenntnis von Tatumständen, wie ein „Tatirrtum" für eine Unkenntnis des Verbotenseins der Handlung. Für den ersten Fall diene als Beispiel die Entwendung einer Sache, welche der Täter deshalb für seine eigene hält, weil er die §§ 929 ff. BGB. nicht beherrscht und infolgedessen des eingetretenen Eigentumswechsels sich nicht bewußt geworden ist; für den zweiten der irrige Glaube, angegriffen und daher zur Abwehr berechtigt zu sein. Daß dieser Fall in den Bereich des vorsätz-

ausschließenden Irrtums gehöre (S. 1), ist „zweifellos“ unrichtig. Indessen kann diese Kontroverse hier nicht ausgetragen werden.

Unverzichtbar aber ist eine Stellungnahme zum Endergebnis der Arbeit. Daß der Vorsatz seinen Inhalt vom Tatbestande her erhält und ihn daher jeweils wechselt, war schon immer eine gesicherte Erkenntnis. Daß aber auch die Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit vorsätzl. Verhaltens nach Maßgabe des Tatbestandes sich differenzieren sollten, scheint mir durch den Nachweis, daß beim Hausfriedensbruch das Eindringen und das Verweilen unterschiedlich zu behandeln sind, noch nicht bewiesen. Sollte die vom Verf. vorgenommene Abstufung nicht vielmehr in dem Gegensatz der Handlung zur Unterlassung ihre Erklärung finden? Dann läge darin vielleicht ein der Generalisierung fähiger Gedanke in dem Sinne, daß, wer nicht tut, wozu die Rechtsordnung ihn verpflichtet, dafür nur dann verantwortlich ist, wenn er sich dieser Pflicht bewußt gewesen, während derjenige, der tut, was die Rechtsordnung verbietet, schon immer dann schuldig zu sprechen ist, wenn er hätte wissen können, daß das Verbot bestand. Es läge darin die in die Subjektivität des Handelnden projizierte Parallele zu dem objektiven Sachverhalt, den Goldschmidt (auf S. 48) mit den Sätzen kennzeichnet: „Man soll nicht töten, weil es verboten ist. Man soll rauben, wenn es geboten ist. Man soll nicht in eine fremde Wohnung eindringen, weil es verboten ist. Man braucht sich aus einer fremden Wohnung nur dann zu entfernen, wenn es geboten ist.“ — Freilich bliebe auch dieses Ergebnis erst noch auf seine Richtigkeit hin zu prüfen.

Prof. Dr. Graf zu Dohna, Bonn.

Heinrich Többen, Univ.-Prof. in Münster i. W.: **Untersuchungsergebnisse an Totschlägern.** (Nach einem Vortrage auf der Deutschen Gesellschaft für gerichtliche und soziale Medizin im September 1930 in Königsberg.) Berlin 1932. Carl Heymanns Verlag. 114 S. Preis 7 ℳ.

Den Hauptteil des Werkes bildet eine Schilderung von 40 vom Verf. beobachteten männlichen, nicht mehr jugendlichen Totschlägern, von denen er die Familienverhältnisse, die Vorgeschichte, das Verhalten bei und nach der Tat, den medizinischen Befund und die sich ergebende charakterologische und psychopathologische Diagnose mitteilt. Er unterscheidet abgesehen von wenigen Fällen, bei denen das Motiv unklar blieb, vier Gruppen, je nachdem der Totschlag aus zerrütteten Ehe- und Familienverhältnissen, aus Liebschaften, aus Streitigkeiten hervorging oder bei Einbrüchen und Raubüberfällen geschah. Während bei dieser letzten Gruppe ein Mitwirken besonderer Affekterregbarkeit fehlte und die Täter mehr den aus rein verstandesmäßigen Erwägungen handelnden Mördern glichen, war bei den anderen Gruppen eine solche vorhanden und waren die Täter durchweg als erregbare Psychopathen überwiegend schizothymen Charakters zu beurteilen. Ihr Verhalten nach der Tat war fast stets durch Planlosigkeit gekennzeichnet; diese vom ärztlichen Sachverständigen festzustellenden Umstände können dem Gericht als wertvolle Unterlage für die Entsch. dienen, ob „Überlegung“ oder nicht, während die Beantwortung dieser Frage selbst, wie Verf. meint, der Gerichtsarzt ablehnen soll. Die genauen Einzelheiten des Aufsatzes sind in einem Referat nicht wiederzugeben. Hingewiesen sei nur auf den Umstand, daß dem Verf. durchweg besonders schwerwiegende und deshalb schwer bestrafte Fälle (acht Jahre Gefängnis bis zu lebenslänglichem Zuchthaus) vorgelegen haben und daß zur vollständigen Erfassung des Problems — ganz abgesehen von Jugendlichen und Frauen — eine Ergänzung durch Untersuchung solcher Totschläger erwünscht wäre, deren Tat minder schwer erschienen ist.

Geh. MedR. Prof. Dr. F. Straßmann, Berlin.

Dr. **Walter Sachs**, Landgerichtsdirektor in Berlin: **Beweiswürdigung und Strafzumessung.** Entwickelt an praktischen Strafrechtsfällen. Mannheim 1932. J. Bensheimer. 157 Seiten.

In den schriftlichen Urteilsbegründungen pflegt der Umfang und die Gründlichkeit, die den einzelnen Fragen zuteil wird, im umgekehrten Verhältnis zum Interesse des Angekl. an diesen Fragen zu stehen. Den Urteilsfasser interessiert in erster Linie, warum der Angekl. verurteilt wird, den Angekl. selbst aber, ob und wie schwer er bestraft wird. Während aber die Subsumtionsfragen in den Urteilen mit viel Scharfsinn und Eifer erörtert zu werden pflegen, werden die Fragen der Beweiswürdigung und der Strafzumessung stark vernachlässigt. Beide Fragen leiden darunter, daß sie, weil überwiegend Tatfragen, der höchstrichterlichen Durcharbeitung entbehren müssen.

Ein „arg vernachlässigtes Gebiet“ nennt Franz Exner die Strafzumessung in seinen jüngst erschienenen „Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte“. Bei der Durchsicht der Strafzumessungsgründe in einigen hundert Urteilen habe er „immer wieder staunen müssen über die schematische Wiederkehr von stets gleichbleibenden erschwerenden und mildernden Umständen, die bei den einzelnen Deliktsarten mehr oder weniger formelhaft aneinandergereiht werden“, sei es ihm „auch nicht in einem einzigen Falle wirklich begreiflich geworden, weshalb der etwa vorliegende schwere Diebstahl mit sechs und nicht mit sechzehn Monaten Gefängnis bestraft worden sei“. Es handle sich bei der heutigen Strafzumessung „nicht um rationales, sondern um traditionales Handeln“, um die Orientierung an gewissen, wenn auch unbestimmten üblichen Straffätzen.

Auch die Beweiswürdigung entbehrt gänzlich fester Grundsätze; weder Gesetzgebung noch Rspr. noch Rechtslehre haben sich angelegen sein lassen, solche Grundsätze aufzustellen. Nach der Abschaffung der gesetzlichen Beweistheorien wäre es notwendig gewesen, sie durch eine wissenschaftliche Theorie der Beweiswürdigung zu ersetzen. Wie der Geschichtsforscher in seiner Lehre von der Quellenkritik hätte sich der Jurist erlernbare Beweisregeln herausbilden müssen — gewiß nicht kodifizierbare ausnahmslose Beweisnormen wohl aber elastische Richtlinien der Beweiswürdigung. Es ist aber in den Jahrzehnten seit der Einführung des reformierten Prozesses in dieser Richtung nichts geschehen und heute, angesichts eines wachsenden Mißtrauens gegen Indizienbeweise, muß diese Versäumnis schwer beklagt werden. Schon wird die Frage aufgeworfen, „ob wir so zweifellos recht hatten, als wir beim Siege der Frei-Beweis-Theorie alles, was nach Beweisregeln aussah, aus der Strafprozeßordnung entfernten“, ob nicht „aus dem, was mit Recht im ganzen abgelehnt wurde, vielleicht einzelnes zu entnehmen sei“. So ist in dem bedeutenden Buch, dem diese Worte entnommen sind, mit gutem Recht auf die gemeinrechtliche Lehre von species facti und corpus delicti hingewiesen worden (die einer geschichtlichen und systematischen Bearbeitung dringend bedürftig wäre). Weiter wird daran erinnert, daß in den Gebieten der angelsächsischen Rechtskultur noch heute Beweisregeln, die Law of Evidence, gelten. Diese Ausführungen Jastrows gipfeln in dem Ausruf: „Die Beweisregeln kann nicht einmal der liebe Gott abschaffen, geschweige denn eine menschliche Gesetzgebung. Sie sind ewige Gesetze des menschlichen Denkens.“

Mehr und mehr ist also in der letzten Zeit die Aufmerksamkeit auf die beiden großen ungelösten Problemkreise gelenkt worden. Das hier anzuzeigende Buch von Sachs beginnt mit vollem Rechte mit der Feststellung, „daß sich der Schwerpunkt strafrichterlicher Tätigkeit von der rechtlichen Einordnung des Tatbestandes zur Feststellung des Tatbestandes und zu den Strafzumessungsgründen verlagert habe“, und nimmt die daraus erwachsenden Aufgaben sofort tatkräftig in Angriff, und zwar die zweite vor der ersten unter diesen Aufgaben: Beweiswürdigung und Strafzumessung sollen Gegenstand des Unterrichts werden, — bevor sie noch Gegenstand der Theorie geworden sind! Aber das ist nur ein scheinbar vorschnelles Verfahren: wie nach Sachs die Methode des Unterrichts die Urteilsanalyse und die Urteilskritik, die Untersuchung richterlicher Fehlleistungen sein soll, so ist auch die Herausarbeitung von Theorien der Beweiswürdigung und der Strafzumessung vorläufig nur durch Darstellung und Kritik der Praxis auf Grund eines umfassenden Entscheidungsmaterials möglich. Indem von Sachs gezeigt wird, wie die Kunst der Strafzumessung und Beweiswürdigung gelehrt werden kann, wird deshalb zugleich der Theorie beider wertvollste Förderung zuteil.

Fünf Urteilsbegründungen werden einer überaus gründlichen Analyse unter den Gesichtspunkten der Beweiswürdigung und der Strafzumessung unterzogen. Es handelt sich nicht um außergewöhnliche, sondern um typische Fälle (Falscheid, Betrug, Sittlichkeitsverbrechen, Widerstand, Urkundenfälschung). Aber von ihnen aus fallen gelegentlich um so wirksamere Streiflichter auf gewisse causes célèbres, wie die Fälle Frieders, Halsmann, Bullerjahn. Feinfühligste Seelen- und Lebenskunde, unnachgiebiger Scharfsinn, empfindliches Sprachgefühl und hinter allem ein starkes rechtsstaatliches Ethos sind in diesen Analysen am Werk. Es überrascht, in wie vielen Fragen die scheinbar der Intuition überlassene Beweiswürdigung und Strafzumessung sich einer rationalen Kritik zugänglich erweist. Die Fülle der berührten Einzelfragen kann in dieser Besprechung nicht einmal angedeutet, nur gerade auf die Grenzen der urteilsanalytischen Methode kann hingewiesen werden. Sie vermag bisher einerseits mehr falsche Maximen der Strafzumessung und Beweiswürdigung zu entlarven als richtige aufzustellen — aber vorläufig ist ja auch die erste Aufgabe auf diesen Gebieten, „naive Selbstsicherheit zu erschüttern“: „Patentlösungen gibt es nicht“. Sodann aber richtet sich die Kritik nicht sowohl gegen die intuitiv gefundenen Urteile als gegen schlechte schriftliche Urteilsbegründungen, welche die richterliche Intuition nicht in richtige Worte zu fassen vermochten — aber mit Recht sagt Sachs, daß ein schlecht begründetes Urteil, wäre es auch im Ergebnis richtig, ein „bloßer Zufallstreffer“ sei. Gelegentlich wertet der Verfasser seine kritischen Einsichten auch strafprozeßpolitisch aus — am nachdrücklichsten in warmen Worten für die Beibehaltung der durch die NotVO. v. 6. Okt. 1931 gefährdeten Berufung; in der Tat ist das ganze Buch ein Beweis für die Unentbehrlichkeit der zweiten Tatsacheninstanz.

Sachs will die von ihm geforderte Anleitung zur Beweiswürdigung und Strafzumessung wesentlich in die Referendar-

zeit verlegt wissen. Nur hier steht das Aktenmaterial zur Verfügung, nur hier ist die Beteiligung an der Hauptverhandlung möglich. Nach der Methode des Verfassers soll nämlich zunächst das Urteil erster Instanz analysiert und auf Grund seiner Kritik der Verhandlungsplan für die Hauptverhandlung der BerInst. aufgestellt werden. Diese Hauptverhandlung selbst soll dann als Probe aufs Exempel dienen, ihre im BU. niedergelegten Ergebnisse sollen schließlich den Gegenstand einer zweiten Besprechung bilden. In dieser Vollkommenheit ist im Universitätsunterricht die neue Lehrmethode nicht durchführbar, aber sie ist — wie ich im Einklang mit dem Verfasser glaube — auch dort unentbehrlich.

Unsere bisherigen „praktischen Übungen" sind ein gewiß unentbehrliches, aber auch ein in vielen Hinsichten gefährliches Ausbildungsmittel. Sie sind geeignet, den jungen Juristen von vornherein falsch einzustellen. In den für die Bearbeitung gestellten Fällen sind die schwierigsten Aufgaben des Richters als bereits gelöst vorausgesetzt: die Auslese des juristisch relevanten Sachverhalts aus dem Wust der Begebenheiten und seine tatsächliche Feststellung. Dem Lernenden bleibt nur die Aufgabe der Rechtsanwendung. Er wird dadurch verleitet, einerseits die Bedeutung der Tatsachenfeststellung gegenüber der Rechtsanwendung zu unterschätzen, andererseits, da die Übung aus didaktischen Gründen besonders schwierige Fälle zum Gegenstand zu haben pflegt, auch im einfachen Fall juristische Schwierigkeiten förmlich aufzusuchen. Weil sich aber der Lernende nur einem „Fall" gegenübersieht, nicht einem Menschen, muß weiter die Ableitung zur Rechtsanwendung gerade da abbrechen, wo sie nicht mehr bloß rechtslogische, sondern rechtsethische Erziehung wäre: bei der Strafzumessung. So bringen die praktischen Übungen die Gefahr mit sich, aus dem Bewußtsein des Lernenden von vornherein das Wissen darum zu verdrängen, daß Urteile nicht auf Papier geschrieben werden, sondern auf empfindliche Menschenhaut.

Gerade deshalb sind Übungen, wie der Verfasser sie vorschlägt, eine notwendige Ergänzung des bisherigen juristischen Unterrichts. Er hat sich aber nicht darauf beschränkt, ein Ziel zu zeigen, er hat selbst bereits einen Weg gewiesen: sein Buch zeigt die Möglichkeit und die Fruchtbarkeit der neuen Lehrmethode. Bis sie in den akademischen Unterricht — hoffentlich bald — Eingang findet, kann dem jungen (und auch dem fertigen) Juristen die Lesung dieses Buches nicht eindringlich genug empfohlen werden, das einen wichtigen Fortschritt der juristischen Pädagogik nicht nur ankündigt, sondern selbst vollzieht.

Prof. Dr. Gustav Radbruch, Heidelberg.

Dr. Margrit Boehringer: Die Eidesreform in Strafprozeß und Strafrecht. Berlin und Leipzig 1931. Walter de Gruyter & Co. 203 Seiten.

Die früher recht lebhafte Literatur über die Frage der Eidesreform bricht wenige Jahre vor dem Krieg unvermittelt ab, um erst längere Zeit nach seiner Beendigung langsam in zerstreuten Zeitschriftenartikeln wieder aufzuleben. Erst seit einigen Jahren treten systematische Monographien wieder hervor. Zu diesen grundsätzlichen Arbeiten, die gewissermaßen in letzter Stunde vor der endgültigen Entsch. über die gesetzgeberische Reform erscheinen, gehört Boehringers Untersuchung. Verfasserin versucht, „einen möglichst vollständigen Überblick über die Grundfragen und die komplizierten Einzelfragen der Reform des Strafprozesses im Beeidigungsverfahren und dem damit unmittelbar zusammenhängenden Teil der Eidesreform im Strafrecht zu geben". Wenn ihr „auch die eingehende Beschäftigung mit einer so umstrittenen Materie mehr Kenntnis als Erkenntnis bringt", so liegt dies offensichtlich daran, daß sie in der Fülle des Stoffes erstickt, weil sie wohl zu voraussetzungslos, akademisch an ihn herantritt; fruchtbare Ideen können gerade in diesen, bis in alle Einzelheiten durchdiskutierten Fragen nicht aus Sichtung und Systematisierung des Materials, sondern nur aus eigener, durch Problematik und Bedürfnisse der Praxis aufgezwungener Stellungnahme kommen. Bei Boehringer läßt schon äußerlich das Literaturverzeichnis die Scheidung von Wesentlichem und Unwesentlichem in charakteristischer Weise vermissen; um nur das Auffälligste zu erwähnen: ein Referat über Liepmanns fahrlässigen Falscheid des Zeugen wird registriert, Liepmanns eigene grundlegende Arbeit aber übergangen. Der wohl von keinem Anfänger vermeidbaren Gefahr zu ausführlicher Darstellung fremder Meinungen und Diskussionen bis in ephemere Nebenargumente hinein unterliegt die Verf. in so starkem Maße, daß sich ihre eigene Auffassung vielfach nur daraus entnehmen läßt, welchen Autoren sie das letzte Wort läßt. Dabei hat sie an sich einen sicheren Instinkt sowohl für die mutmaßliche Entwicklung der Gesetzgebung als auch für das praktisch und rechtspolitisch Vernünftige und Zeitgemäße, der ihre Untersuchung, zusammen mit der ausführlich und übersichtlich gegliederten Stoffsammlung und zwei anschaulichen synoptischen Gesetzesvergleichungen doch zu einem wertvollen Beitrag für die theoretischen und gesetzgeberischen Arbeiten auf diesem Gebiet macht.

RA. Dr. Ernst Loewenthal, Königstein i. T.

Friedrich Hoefer: Bewährungsfrist vor dem Urteil. (Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin, 4. Folge, 2. Band, 3. Heft.) Berlin 1931. Walter de Gruyter & Co. Preis 4 ℳ.

Die klare und knappe Schrift ist beachtenswert und nützlich. Sie behandelt ein Thema, das in Deutschland aktuelle gesetzgeberische Bedeutung hat. Will doch der Entw. eines EGADStGB. anläßlich der Neufassung des § 153 StPO. aus kriminalpädagogischen Erwägungen der Staatsanwaltschaft die Befugnis einräumen, in denjenigen Vergehensfällen, in denen sie aus Opportunitätsgründen von der Anklage absehen darf, die Entscheidung darüber — in gewissen Fällen mit Zustimmung des Amtsrichters — bis zur Dauer eines Jahres widerruflich auszusetzen, wenn der Führung des Beschuldigten während dieser Zeit Bedeutung für die Entscheidung zukommt. Hierdurch sollen auch für Strafverfahren gegen Erwachsene Maßnahmen legalisiert werden, wie sie ähnlich schon jetzt von Jugendrichtern, z. B. in Hamburg, angewendet und in ihrer Zulässigkeit zwar manchmal bestritten, aber von Vertretern der Strafrechtswissenschaft, vor allem von Grünhut, verteidigt und empfohlen werden, nachdem sie in Sachsen auf Grund des Abolitionsrechts im Verwaltungswege eingeführt und bis zum Erlaß des JGG. in Übung waren.

Hoefer gibt über die vornehmlich denkbaren Möglichkeiten: bedingte Unterlassung der Anklage durch die Anklagebehörde, bedingter Aufschub des gerichtlichen Strafverfahrens bis zur Hauptverhandlung, bedingter Aufschub des Urteils (u. U. nach urteilsmäßiger Feststellung der Schuld), einen guten rechtsvergleichenden Überblick. Aus ihm ist zu entnehmen, daß zahlreiche Länder — u. a. Österreich, die skandinavischen Staaten, Holland, Ungarn, England und verschiedene seiner Dominions, viele Staaten von Nordamerika, auch Frankreich — bereits auf mannigfaltige Art von den verschiedenen Möglichkeiten Gebrauch machen, die meisten nur gegenüber Jugendlichen, einige auch in Verfahren gegen Erwachsene. Hoefer bringt auch über die praktische Handhabung jener Maßnahmen im Auslande interessante Angaben, die dem naheliegenden Bedenken, daß sich im Falle des Widerrufs große Beweisschwierigkeiten ergeben müßten, zu begegnen geeignet sind. Ebenso liefert er recht erwünschtes statistisches Material über Umfang und Auswirkung der getroffenen Anordnungen. Überall sind die gemachten Erfahrungen günstig und in der Regel um 90% Erfolge zu verzeichnen gewesen. Zu dem kriminalpolitischen und -pädagogischen Gewinn tritt auch ein finanzieller. Für Japan z. B. ist eine jährliche Ersparnis von 40 Millionen Yen an Gerichts- und Gefängniskosten errechnet worden. Dabei ist die Wirkung des Strafgesetzes, wie der Leiter des japanischen Strafvollzugs Motoji auf dem Internat. Gefängniskongreß in London mit Entschiedenheit betont hat, in keiner Weise abgeschwächt worden.

Hoefer setzt sich auch mit den zweifellos ebenfalls sehr beachtenswerten rechtsstaatlichen Bedenken, die gegen solche frühzeitigen pädagogischen Maßnahmen erhoben werden können, auseinander. In Anlehnung an Hartung weist er auf die gesetzgeberische Möglichkeit hin, die bedingte Einstellung an die Zustimmung des Beschuldigten zu knüpfen.

Mit vollem Rechte unterstreicht der Verf. zum Schlusse, daß die sozialpolitischen und -pädagogischen Erfolge auch auf diesem Gebiete letzten Endes von einem systematischen Ausbau der sozialen Diagnose und der sozialfürsorgerischen Behandlung abhängen.

ORegR. Dr. Frede, Weimar.

Dr. **Eduard Kohlrausch**, Professor der Rechte in Berlin: **Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich** mit Nebengesetzen, Anmerkungen und Sachregister. Früher von Dr. Franz von Liszt † und Dr. Ernst Delaquis. Dreißigste Auflage. (Guttentagsche Sammlung Deutscher Reichsgesetze, Kommentare und erläuternde Textausgaben, 2.) Berlin und Leipzig 1932. Walter de Gruyter & Co. XII, 520 Seiten. Preis geb. 8 ℳ.

Die Vorzüge des „Kohlrausch" sind Zehntausenden von Juristen zu bekannt, als daß sie hier besonderer Hervorhebung bedürften: Auf geringem Raum wird die Quintessenz des Strafrechts geboten, und zwar in einer ganz eigenartigen Form und mit eigenartigem Inhalt, Kommentar und Lehrbuch sind vereinigt und in ihnen ist — eine zweite seltene Mischung — die „h. A." gesehen, erfaßt und aufgeschlossen durch einen bedeutenden Wissenschaftler. Die „h. A." ist für Kohlrausch fast gleichbedeutend mit der Ansicht des RG., deren Darbietung das Buch denn auch wiederum mit der bei Praktikern und Theoretikern, bei fertigen Juristen und Studenten gleich bekannten und beliebten Weise unternimmt. Der Student aber, dem hier ein seltenes Lernmittel geschenkt wird, sei nachdrücklich auf einen Absatz der Einleitung hingewiesen, wo Kohlrausch die Wirkung seiner Ausgabe auf den, der seinen gesamten strafrechtlichen Bedarf aus ihr befriedigen will, in einem bescheidenen Wort — „verflachend und verödend" nennt.

D. S.

Prüfe Dein Wissen. Rechtsfälle und Fragen mit Antworten von Dr. **Heinrich Schönfelder.** IX. Heft: Strafgesetzbuch I. XI, 158 Seiten. 8°. München 1932. C. H. Becksche Verlagsbuchh. Kart. 3,50 *M*.

Auch dieses Heft ist — vernünftig benutzt — mit zur Vorbereitung für das Examen geeignet. Unter ständiger Berücksichtigung der Literatur und Judikatur werden die wichtigsten Fragen des Strafrechts durchgegangen. Verschiedener Druck dient dazu, Wichtiges von weniger Wichtigem zu unterscheiden. Die vorzugsweise Berücksichtigung der neueren RGRspr. wird sicher den besonderen Beifall der vor der Prüfung stehenden Benutzer finden. D. S.

Grau und Schäfer: Die Strafvollstreckung durch den preuß. Rechtspfleger. 2. vermehrte Auflage. Berlin 1931. Verlag von Georg Stilke. Preis geb. 8 *M*.

Daß der ersten Auflage so schnell eine zweite gefolgt ist, beweist schon, daß das Buch einem Bedürfnis der Praxis entspricht. Es geht beträchtlich über den im Titel genannten Adressatenkreis hinaus. Liegt auch die Strafvollstreckung jetzt großenteils in den Händen der Rechtspfleger, so wird das Buch doch allen an der Strafvollstreckung beteiligten Behörden dienlich sein. Es wird aber auch von der Anwaltschaft — z. B. wenn es sich um Fragen der Strafzeitberechnung oder der Gesamtstrafbildung handelt — zu Rate gezogen werden können. Darüber hinaus wird es seinen Wert auch bei wissenschaftlicher Behandlung des Strafvollstreckungsrechts, das noch immer viel zu kurz zu kommen pflegt, erweisen können. Denn es bietet, auch wenn es zur Hauptsache eine Zusammenstellung der reichsrechtlichen und der preuß. Vollstreckungsvorschriften gibt, den Versuch einer systematischen Gliederung des umfangreichen und vielseitigen Stoffes und vertieft ihn durch Hinweise auf Rspr. und Literatur. Der Ausbau des Buches zu einem Kompendium der deutschen Strafvollstreckung durch Berücksichtigung der wichtigsten Bestimmungen der übrigen Länder erscheint erwägenswert und möglich. Aber auch in der jetzigen Beschränkung auf Preußen hat es seinen allgemeinen Wert, nicht nur weil es außer dem Reichsrecht das Recht des größten deutschen Landes wiedergibt, sondern weil die preuß. Vorschriften auch auf diesem Gebiete vielfach — z. B. was die Entlastungsbestimmungen betrifft — von anderen Ländern übernommen worden sind.

Wieviele Zweifelsfragen beim geringen Umfange der reichsgesetzlichen Regelung der Strafvollstreckung erwachsen, weiß, wer sich damit praktisch — auch in der Gnadenpraxis — zu beschäftigen hat. Eine Durchsicht des Buches ergibt, daß es alles Wichtige berührt. Wieweit in seinen Einzelheiten noch ausfüllungsbedürftige Lücken vorhanden sind, kann naturgemäß nur die praktische Benutzung ergeben.

Bei der Durchsicht finde ich folgendes anzumerken:

Der Begriff der Strafvollstreckung wird S. 23 dahin bestimmt, daß sie die „Verwirklichung der als Folge eines rechtskräftigen Strafurteils sich ergebenden Strafübels“ ist. Das erscheint mir zumindest schief gesehen. Sie muß m. E. prozessual und funktionell als Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs aufgefaßt werden. Ihre begriffliche Unterscheidung vom Strafvollzug ist notwendig. Der Unterabschnitt mit der Überschrift „Abgrenzung zwischen Strafvollstreckung und Strafvollzug“ (S. 56) scheint zu verheißen, daß hier die Unterscheidung der beiden so oft — auch im Gesetz — durcheinander geworfene Begriffe geboten wird. Das trifft leider nicht zu.

Über die Reihenfolge bei Strafvollstreckung mehrerer Strafen gegen einen Verurteilten wird (S. 73) Richtiges und Zweckmäßiges gesagt. Aber um z. B. die nicht erörterte, aber jedoch oft in der Praxis auftauchende Frage lösen zu können, welcher Strafvollstreckung das Primat zukommt, wenn die Gerichte mehrerer Länder auf gleichartige oder verschiedene Einzelstrafen erkannt (z. B. zwei Todesurteile gefällt haben), lösen zu können, müßte hier tiefer geschürft werden.

Bedenken habe ich gegen die Ausführungen S. 106/7 über die häufig auftretende und in den Komm. verschieden beantwortete Frage, in welchem Zeitmaße eine Ersatzfreiheitsstrafe zu vollstrecken ist, wenn durch Teilzahlung so viel abgetragen ist, daß der Restbetrag nicht mehr einem vollen Tage entspricht. Die Verf. meinen — es ist nicht ersichtlich, ob sie sich dabei auf einen Ministerialerlaß stützen —, daß der Rest einer Ersatzstrafe, wenn er weniger als 24 Stunden beträgt, unvollstreckt bleiben müsse, weil das Mindestmaß der Strafe nach § 29 Abs. 2 StGB. ein Tag ist. Das ist nicht einzusehen. Jene Gesetzesbestimmung schreibt nur das Mindestmaß für das richterliche Urteil vor. Ganz richtig leiten hieraus die Verf. die Möglichkeit ab, z. B. zweieinhalb Tage Ersatzfreiheitsstrafe zu vollstrecken, weil eben jene Bestimmung — insbes. auch der Satz 3 — nur für die Straffestsetzung, nicht aber für die Strafvollstreckung gilt. Eine Ausnahme für Strafreste unter einen Tag zu machen, erscheint mir nicht folgerichtig. Die Zweckmäßigkeit der Vollstreckung von Bruchteilen eines Tages steht natürlich auf einem anderen Blatt.

In bezug auf Umfang und Art der Urteilsbekanntmachung stellen die Verf. für den Fall, daß das Urteil keine näheren Anordnungen trifft, den Grundsatz auf, daß sie inhaltlich (auch technisch?) in der Weise zu erfolgen habe, wie sie dem Verurteilten am wenigsten nachteilig sei. Gerade hier wird aber, auch wenn die Bekanntmachung nicht den alten Pranger ersetzen soll, das Interesse des Verletzten, d. h. des durch die Straftat Bloßgestellten, nicht außer acht gelassen werden dürfen, da es sich doch um seine Rehabilitation handelt.

Nur kurz ist die in der Praxis häufig auftauchende und schwierige Frage, welche Handlung der Strafvollstreckungsbehörde während einer Bewährungsfrist die Verjährung der Strafvollstreckung unterbrochen hat, abgetan. Wichtig ist auch die Frage, inwieweit überhaupt die Strafvollstreckungsbehörde während einer Bewährungsfrist tätig werden darf (RGSt. 57, 393). Insoweit kann man zur Ergänzung das von denselben Verf. im gleichen Verlage erschienene, ebenfalls sehr aufschlußreiche und nützliche Buch „Das preuß. Gnadenrecht“ (S. 304 ff.) heranziehen.

ORegR. Dr. Frede, Weimar.

Untersuchungsgefängnis Berlin-Moabit, herausgegeben aus Anlaß des 50jährigen Bestehens der Anstalt von Oberstrafanstaltsdirektor Dr. jur. **W. Strube.** Zu beziehen vom „Verein für Gerichtshilfe, Gefangenen- und Entlassenenfürsorge am Untersuchungsgefängnis in Berlin“. 144 Seiten. Preis 1 *M*.

„Fünfzig Jahre Untersuchungsgefängnis Moabit stellen nicht nur ein Kapitel aus der preußischen Strafrechtspflege dar, sondern sind zugleich ein Stück Geschichte der Reichshauptstadt. Hierüber in einem bescheidenen Rahmen Aufschluß zu geben, ist der Zweck dieser kleinen Schrift.“ Diese Worte, mit denen der derzeitige Leiter des Untersuchungsgefängnisses Berlin-Moabit, Oberstrafanstaltsdirektor Dr. Strube, das Buch eingeleitet hat, geben am besten die Absicht wieder, von der die Verf. bei Herausgabe des Buches geleitet waren. Das Buch sollte zunächst nur eine Erinnerungsgabe für die gegenwärtig in der Anstalt beschäftigten Beamten, Angestellten und Arbeiter und ein Leitfaden für die Besucher der Anstalt sein. Mit Rücksicht auf das in weiten Kreisen wach gewordene Interesse an der Schrift haben sich seine Verf. entschlossen, sie der Öffentlichkeit zu übergeben. Das Buch ist eine Zusammenstellung von Beiträgen des Leiters und der Beamten der Anstalt über die Geschichte des Untersuchungsgefängnisses, seine Einrichtungen und die Tätigkeit seiner Beamten. Aus der Fülle des dargebotenen Stoffes verdienen folgende Einzelheiten, die von besonderem Interesse sind, festgehalten zu werden.

Bis zur Errichtung des Untersuchungsgefängnisses Berlin-Moabit wurden die Untersuchungsgefangenen, die im Auftrag des Landesherrn durch den Hausvogt abgeurteilt werden sollten, in dem Hausvogteigefängnis am Hausvogteiplatz und die Untersuchungsgefangenen, für deren Verfolgung der Stadtrichter im Auftrag des Magistrats zuständig war, im Stadtvogteigefängnis am Molkenmarkt (das erst 1929 geschlossen wurde) verwahrt. J. J. 1876 wurde mit dem Neubau des Kriminalgerichtsetablissements am Kleinen Tiergarten in Moabit begonnen, der fünf Jahre später vollendet wurde und am 1. Sept. 1881 dem Betrieb übergeben werden konnte (Gefängnis I). Er umfaßte das „große Männergefängnis“, das „kleine Männergefängnis“, das „Weibergefängnis“, das „Verwaltungsgebäude“, das „Beamtenwohnhaus“ und das „Ökonomiegebäude“. Das Gefängnis enthält vorwiegend Einzelzellen. In diesem Teil des Untersuchungsgefängnisses befinden sich die Besuchsräume, die Sprechräume für Richter und Rechtsanwälte, die Räume für die unter ärztlicher Aufsicht stehenden Gefangenen, die Zimmer der Ärzte und Geistlichen, die Bücherei, die Bade- und Entkeimungsräume. Die Belegungsfähigkeit der Anstalt wurde bauamtlich i. J. 1881 auf 1010 Männer und 220 Frauen, zusammen 1230 Gefangene beziffert (vgl. S. 21); tatsächlich scheint sie etwas geringer (1143) gewesen zu sein (vgl. S. 34).

J. J. 1905 wurde gleichzeitig mit der Errichtung des neuen Kriminalgerichts ein Erweiterungsbau des Gefängnisses (Gefängnis II) fertiggestellt, der wegen seiner abgeschlossenen Lage besonderen Aufgaben gewidmet ist. Er dient der Unterbringung der jugendlichen Untersuchungsgefangenen und der Jungmänner bis zu 24 Jahren, der Strafgefangenen, die als Hausarbeiter benötigt werden, und derjenigen Strafgefangenen, die sich in der Aufnahmeabteilung befinden, in der auf Grund der preuß. Verordnung über den Stufenstrafvollzug v. 7. Juni 1929 nach kriminalbiologischen Gesichtspunkten festgestellt werden soll, in welche Anstalt des Strafvollzugs (Anstalt für Nichtbestrafte, für Vorbestrafte, für Schwersterziehbare und für geistig Minderwertige) der Gefangene eingegliedert werden soll. Durch den Erweiterungsbau erhöhte sich die Aufnahmefähigkeit der Anstalt auf 1276 männliche und 295 weibliche Gefangene, zusammen 1571 Gefangene, nicht, wie auf S. 22 errechnet ist, 1488 Gefangene.

Über die tatsächliche Belegung der Anstalt sind folgende Ziffern (Tagesdurchschnitt) genannt:

1881 1019 Gefangene
1882 1033 „
1887 735 „
1892 1229 „

in der Zeit von 1905 bis 1914 durchschnittlich zwischen 1512 und 1656 Gefangene.

1922 1999 Gefangene.

Darüber hinaus ist gesagt, daß sich die 80er Jahre durch ein ständiges Fallen der Belegung, die 90er Jahre durch ständiges Anwachsen auszeichneten, daß die Jahre nach der Jahrhundertwende eine ruhige Entwicklung, die Nachkriegszeit eine Höchststeigerung der Kriminalität gebracht hätten und daß auch wieder in jüngster Zeit ein Anwachsen der Belegung festzustellen sei. Es ist zu bedauern, daß die Verf. nicht für sämtliche Jahre bis zur Gegenwart genaue Zahlen genannt haben, die man nach der Art der Haft (Untersuchungs-, Straf-, Zivil- und Auslieferungshaft) und vielleicht noch nach den persönlichen Verhältnissen der Gefangenen (Geschlecht, Alter usw.) hätte trennen können; eine solche Statistik wäre vom Standpunkte der Kriminologie wertvoll gewesen. Auch für die Belegung des Gefängnisses mit jugendlichen Untersuchungsgefangenen vermißt man genaue statistische Unterlagen.

In der Anstalt sind zur Zeit 262 Beamte, Angestellte und Arbeiter beschäftigt, darunter 4 Ärzte, 4 Geistliche und 3 Lehrkräfte. Die Anstalt enthält ein Krankenhaus mit 118 Betten, 2 Operationssälen, Röntgenraum, Apotheke und allen übrigen Einrichtungen eines modernen Krankenhauses. Neben den ständigen Ärzten sind mehrere Spezialärzte zur Dienstleistung in der Anstalt verpflichtet. In der Anstalt wird nach dem Urteil der Ärzte „eine den Anforderungen der medizinischen Wissenschaft in jeder Hinsicht entsprechende Behandlung“ gewährleistet. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang die im Nov. 1930 eingerichtete zahnärztliche Abteilung, die unter Leitung eines hauptamtlich angestellten Zahnarztes steht; es kann in ihr jede zahnärztliche Operation durchgeführt werden. Im Untersuchungsgefängnis Moabit befindet sich ferner die Zentralstelle der preußischen kriminalbiologischen Forschungsstellen, die durch die AllgVfg. des PrJustMin. v. 29. Juli 1930 eingerichtet worden sind. Sie wird von den an der Anstalt tätigen Ärzten nebenamtlich geleitet. In der Seelsorge sind zwei evangelische, ein katholischer Geistlicher und ein Rabbiner beschäftigt; es stehen für gottesdienstliche Zwecke mehrere Räume zur Verfügung. Aus dem Bericht des Strafanstaltsoberpfarrers ist die Feststellung von Interesse, daß „von den meisten Gefangenen, auch wenn sie keiner Religionsgemeinschaft mehr angehören, den kirchlichen oder doch den religiösen Fragen weitgehendes Interesse entgegengebracht wird, sobald sie mit ihnen in nähere Verbindung kommen“. Für das geistige Wohl der Untersuchungsgefangenen sorgen die Bücherei mit ihren rund 237 000 Bänden und Veranstaltungen belehrender und unterhaltender Art. Ein wichtiger Zweig der Tätigkeit der Beamten ist die Fürsorge für die Untersuchungsgefangenen und ihre Angehörigen. An der Fürsorgearbeit beteiligen sich sämtliche Beamte der Anstalt sowie freiwillige Helfer; sie alle sind in dem „Verein für Gerichtshilfe, Gefangenen- und Entlassenenfürsorge am Untersuchungsgefängnis in Berlin“ zusammengeschlossen. Von dem Umfang der Fürsorgetätigkeit kann man sich ein Bild machen, wenn man hört, daß i. J. 1930 über 3860 Unterstützungsfälle erledigt und an 1930 Personen Barunterstützungen im Gesamtwert von 9642 ℳ ausgezahlt worden sind. Die Anstalt besitzt ihre eigenen technischen Werke, nämlich ein Fernheizungswerk, ein Elektrizitätswerk und ein Wasserwerk, in den sämtliche für die Anstalt erforderliche Wärme, sämtliches Licht und Wasser erzeugt wird. In der technischen Verwaltung sind 1 Oberingenieur, 1 Ingenieur, 1 Sekretär und 46 technische Beamte, Angestellte und Arbeiter tätig.

Die Schrift enthält noch eine Reihe von Beiträgen, die hier nur erwähnt werden können, so über das Untersuchungsgefängnis als Ausbildungs- und Fortbildungsstätte, über die Gefangenenannahme, über Beamtenbesprechungen, Beamten- und Betriebsausschüsse, die Wirtschaftsabteilung, die Arbeitsbetriebe und Kassenverwaltung; sie schließt mit einer Abhandlung über die Reform des Vollzuges der Untersuchungshaft, in der sich der Verf. für eingehende gesetzliche Regelung der Rechte und Pflichten der Untersuchungsgefangenen und für die Teilung der Verfügungsbefugnisse über den Untersuchungsgefangenen zwischen Richter und Gefängnisvorsteher einsetzt.

Wenn eine deutsche Strafanstalt ein halbes Jahrhundert im Dienste der Strafrechtspflege gestanden hat, dann ist es berechtigt, wenn ihr Leiter und seine Mitarbeiter an diesem Tage ihre Blicke rückwärts wenden und sich und der Öffentlichkeit Rechenschaft darüber ablegen, was in der Anstalt während dieses Zeitraums geleistet wurde. 50 Jahre Untersuchungsgefängnis Moabit, des weitaus größten deutschen Untersuchungsgefängnisses, lassen einen solchen Rückblick, dazu noch in der Zeit der Wirrnisse und Krisen, besonders verständlich erscheinen. Die einzelnen Berichte geben in kurzer, aber doch anschaulicher Form Aufschluß über die umfassende Tätigkeit bei der Durchführung der Untersuchungshaft und eignen sich so in besonderer Weise, den Besuchern der Anstalt die Kenntnis vieler Einzelheiten zu vermitteln, die ihnen eine Führung durch die Anstalt nicht geben kann. Darüber hinaus ist das mit vielen Abbildungen versehene Buch für jeden Nichtkenner von Untersuchungsgefängnissen eine lehrreiche Einführung in die Praxis des Vollzugs der Untersuchungshaft.

AGR. Dr. Karl Doerner, Berlin.

Dr. Curt Bondy, Jugendgefängnisdirektor und Professor: Scheuen. Pädagogische und psychologische Betrachtungen zum Lüneburger Fürsorgeerziehungsprozeß. Berlin 1931. Carl Heymanns Verlag. Preis 2 ℳ.

Bondy veröffentlicht sein im Lüneburger Scheuenprozeß erstattetes Gutachten. Soweit es sich mit den Persönlichkeiten der Erzieher und Zöglinge, die in Scheuen durch Mißhandlungen und Revolte sich strafbar gemacht haben, im einzelnen befaßt, bietet es kein über den Fall hinausgehendes Interesse, zumal die Nachprüfung der Richtigkeit seiner Beurteilung der Personen dem nicht möglich ist, der den — übrigens noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen — Prozeß nicht aus eigenem Miterleben kennt. Von allg. Bedeutung aber sind die Grundsätze, von denen Bondy ausgeht. Er verwirft mit aller Schärfe Prügel und Mißhandlungen auch geringfügiger Art. Er verlangt strengstes Vorgehen gegen mißhandelnde Erzieher. Er fordert ein systematisches Strafensystem für die Erziehungsanstalten und Konzentrierung der Strafgewalt bei dem Leiter, um geheime und unkontrollierbare Strafen und die Ausübung der Strafgewalt durch Unbefugte zu verhindern. Kameradschaftl. Führer und freiheitl. Erziehung, ein gewisses Maß von Selbstverwaltung der Zöglinge, Belehrung über Gedanken und Ziele politischer Parteien und die politische Situation überhaupt empfiehlt Bondy, doch dürfe der Erzieher sich niemals mit den Zöglingen gemein machen, niemals Exponent der Zöglingsmasse werden, sondern stets müsse er Führer der Gemeinschaft bleiben. Der Gemeinschaftserziehung steht Bondy abwartend gegenüber. Geeignete Erzieher für die auf differenzierte Anstalten nach ihrer Eignung zu verteilenden Zöglinge und bessere systematische Beaufsichtigung der Anstalten sind Bondys Hauptforderungen. Da geeignete Erzieher nur aus entspr. Ausbildung und mit Aussichten auf Aufstieg zu gewinnen sind, fordert er bessere Ausbildung und Schaffung von Aufstiegmöglichkeiten. Er schlägt vor, die Ausbildung der Erzieher mit der der Volksschullehrer an pädagogischen Akademien zu vereinigen. In einer Schlußbetrachtung wendet sich Bondy gegen Untersuchungshaft gegen Zöglinge. Er empfiehlt, Strafprozesse gegen Fürsorgezöglinge tunlichst einzuschränken und Fürsorgezöglinge als Zeugen in solchen Prozessen nach Möglichkeit nicht heranzuziehen. Die Schrift gibt manche wertvolle Anregung. Wer sich, sei es als Jurist, sei es als um die Jugendwohlfahrt Bemühter mit Fragen der Fürsorgeerziehung beschäftigt, wird die Schrift mit Nutzen lesen.

Reichsanwalt Dr. Feisenberger, Leipzig.

J. Schiedermair: Polizeistrafgesetzbuch für Bayern und der Übertretungsabschnitt des Strafgesetzbuchs. 2. Auflage. München 1931. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Preis in Leinen gebunden 12 ℳ.

Die um beinahe 100 Seiten erweiterte zweite Auflage kommt einem lebhaften Bedürfnis der bay. Verwaltungsbehörden, Justizstellen, Anwälte und anderer am verwaltungsrechtlichen Verkehr näher interessierter Personen entgegen. Sie ist ein beinahe lückenloses Nachschlagewerk, das dem Einzelnen die Möglichkeit gibt, sich in dem wirren Gestrüpp all der da und dort verstreuten Gesetze, Verordnungen und oberpol. Vorschriften rasch und sicher zu orientieren. Mit Sachkenntnis und großem Fleiß sind überall — wenn auch vielfach nur stichwortartig — die entsprechenden Erläuterungen gegeben, allenthalben mit wertvollen Hinweisen auf Spezialliteratur und Rspr. Einzelne Gebiete, wie z. B. die pol. Überwachung der „öffentlichen Lustbarkeiten“ (Art. 32), „Umfang und Dauer der Schulpflicht“ (Art. 58), „Schutz der Geisteskranken“ (Art. 80), „Schutz der Eisenbahnen und des Bahnbetriebes“ (Art. 88) sind mit besonderer Sorgfalt behandelt. An vielen Stellen geht das Buch über den Rahmen einer bloßen „Handausgabe“ hinaus und wird im eigentlichen Sinne zum Kommentar, nicht so sehr in bezug auf den Umfang der Erläuterungen, als in bezug auf Tiefgründigkeit und kernhafte Wesentlichkeit des aus breitem Wissen gezogenen Extraktes.

Vom BayPolStGB. als solchem ist heute vieles veraltet. Trotz des formellen Weiterbestehens sind zahlreiche Vorschriften — wie der Verf. im Vorwort hervorhebt — nicht mehr geltendes Recht. Zahlreiche Bestimmungen ferner sind Rahmengesetze und können

nur verstanden werden, wenn man sie mit den ergänzenden Bestimmungen des Reichs- und Landesrechtes belebt. Das hat der Verf. in äußerst glücklicher Weise durchgeführt, indem er klar und übersichtlich die wichtigsten in seinen Anmerkungen wiederkehrenden Gesetze und Verordnungen — in ihrer Zeitfolge aneinandergereiht — anhangweise zum Abdruck bringt, vor allem aber auch den Übertretungen des RStGB. einen wichtigen Abschnitt (II. Teil S. 162 bis 216) widmet. Gerade diesen Abschnitt halte ich für den besten und gehaltvollsten Teil des ganzen Buches, eine ausgezeichnete bay. Ergänzung zu den Komm. des RStGB. Wichtige, sehr aktuelle Themen, wie z. B. „Tragen von Uniformen", „Titelverleihung" usw. sind durch die zweite Ausgabe nach dem neuesten Stand dargestellt, und zwar unter Verarbeitung eines solchen Riesenumfanges an verwaltungsrechtlichem, justizrechtlichem Schrifttumsmaterial, daß man allein schon über das Maß der geleisteten Arbeit, aber auch über die Routine an Einteilung, Ordnung und Klarheit schaffender Funktion staunt.

Die am Schlusse des Buches abgedruckte (gewiß nur wenigen bekannte) oberpol. Vorschrift „zum Schutze des Apollofalters" gibt dem teilweisen spröden und nüchternen Stoff einen poetischen Abschluß.

RA. Dr. G. v. Scanzoni, München.

Rechtsprechung.

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Dr. Kurlbaum, Justizrat Dr. Schrömbgens und Huber.

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung.]

**1. §§ 134, 138 BGB.

1. Rechte und Pflichten der Behörde gegenüber einem Beamten, der sich strafbarer Amtsvergehen schuldig gemacht hat. Zusicherung von Strafanzeige abzusehen gegen Stellung des Entlassungsantrages und Erklärung des Verzichtes auf alle Beamtenrechte. Keine Anzeigepflicht der Behörde wegen strafbarer Handlung der Beamten; auch nicht des Bürgermeisters, der Leiter der Polizeiverwaltung ist; anders vielleicht bei Disziplinarbehörden nach Einleitung des Disziplinarverfahrens. Fürsorgepflicht des Vorgesetzten auch gegenüber einem Beamten, der strafbare Handlungen im Amt begangen hat; Schadensersatzpflicht wegen Verletzung dieser Pflicht.

2. Auf das Dienstverhältnis bezügliche Erklärungen zwischen Behörde und Beamten sind nicht privatrechtlicher, sondern öffentlich-rechtlicher Natur. Seltenes Vorkommen stillschweigender Willenserklärungen im öffentl. Recht. Anwendbarkeit der in §§ 134, 138 BGB. enthaltenen allgemeinen Rechtsgedanken für das öffentl. Recht. Anfechtung öffentl.-rechtlicher Willenserklärung wegen widerrechtlicher Drohung. †)

Der Oberbürgermeister der Bekl. hat dem Kl. die gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe auseinandergesetzt und ihm dann die Urkunde mit dem Entlassungsantrag und der Erklärung des Verzichts auf alle Beamtenrechte vorgelegt. Nach Auffassung des BG. lag in diesem Vorgehen des Oberbürgermeisters das Angebot an den Kl., falls dieser das Schriftstück unterschreibe, werde er, der Oberbürgermeister, von einer weiteren Untersuchung, jedenfalls von einer Strafanzeige bei der StA. absehen. Dieses Angebot habe der Kl. durch das Unterschreiben der Urkunde angenommen. Damit sei ein Abkommen zustandegekommen, durch das sich der Oberbürgermeister zur Unterlassung einer Strafanzeige verpflichtet habe. Diese Deutung der Verh. zwischen den Beteiligten ist im wesentlichen tatsächlich. Indessen lassen sich gegen sie rechtliche Bedenken geltend machen, von denen nicht ersichtlich ist, ob der BR. sie hinreichend beachtet hat. Er hat den Fall nach den Vorschr. des BGB. entschieden, ohne ihre Anwendbarkeit näher zu prüfen, während dazu der Umstand alle Veranlassung geboten hätte, daß die Beziehungen des Kl. zur Bekl., in deren Dienst er als Beamter stand, lediglich öffentl.-rechtl. Natur waren. So ist das Abkommen, dessen Abschluß das BG. annehmen zu können geglaubt hat, ebenfalls nach den Grundsätzen des öffentl. Rechts zu beurteilen. Im öffentl. Recht sind stillschweigende Willenserklärungen zwar denkbar und zulässig. Immerhin sind sie dort seltener als im täglichen Geschäftsverkehr. Insbes. erfolgt die Regelung der Beziehungen zwischen den Beamten und ihrer vorgesetzten Dienstbehörde, wenn überhaupt, so doch nur in seltenen Fällen durch auslegungsbedürftige Erklärungen. Hier muß regelmäßig für die Willenserklärungen nicht bloß des Beamten (vgl. RG. 96, 304), sondern auch der Behörde Klarheit und Bestimmtheit erfordert werden. Eine ausdrückliche Erklärung, durch die er sich verpflichtete, keine Strafanzeige gegen den Kl. zu erstatten, hat der Oberbürgermeister der Bekl. nicht abgegeben. Ob er diese Verpflichtung stillschweigend übernommen hat, bedurfte besonders sorgfältiger Erwägung, und zwar um so mehr, als das Eingehen einer rechtl. Bindung solchen Inhalts sicherlich etwas Ungewöhnliches ist. Nach der — allerdings, wie späterhin darzulegen, nicht zu billigenden — Ansicht des BG. stellte sie sogar eine Pflichtwidrigkeit des Oberbürgermeisters dar. Sehr wohl denkbar ist, daß sich der Kl. beim Unterschreiben der ihm vorgelegten Erklärung mit der tatsächlichen, an Gewißheit grenzenden Wahrscheinlichkeit begnügt hat, die Stadt werde nach seinem Ausscheiden kein Interesse an seiner Strafverfolgung mehr besitzen und deshalb von einer Strafanzeige absehen, so daß er auf eine rechtl. Verpflichtung zur Nichtanzeige keinen Wert zu legen brauchte.

Die Annahme einer vom Oberbürgermeister der Bekl. vertraglich übernommenen Verpflichtung, den Kl. mit Strafanzeige zu verschonen, bildet die Grundlage für die Beurteilung des Streitfalls durch das BG. Ist sie, wie aus dem bisher Gesagten erhellt, nicht völlig haltbar, so fehlt schon deshalb den weiteren rechtl. Ausführungen des BR. der sichere Boden. Aber auch sonst können sie durchweg nicht gebilligt werden.

Das BG. erklärt das nach seiner Auffassung dem Ent-

Zu 1. Der Auffassung des RG. ist zunächst grundsätzlich darin beizustimmen, daß der ganze Streitkomplex sich aus dem Dienstverhältnis herleitet und deshalb als solcher öffentlich-rechtlicher Natur ist.

Ebenso ist schon aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes heraus den Ausführungen des RG. über stillschweigende Willenserklärungen im öffentlichen Rechte vor allem im Beamtenrechte beizutreten. Im vorl. Falle hat der Oberbürgermeister in seiner dienstlichen Unterredung mit dem Kl. eine ganz klare Lösung herbeiführen wollen, nämlich den Austritt des Kl. aus dem städtischen Beamtenkörper. Es liegt m. E. gar kein Anhalt dafür vor, eine stillschweigende Bindung des Oberbürgermeisters, keine Strafanzeige zu erstatten, anzunehmen. Dem ganzen Tatbestande nach war die Situation des Kl. so, daß er es für das günstigste halten mußte, den Entlassungsantrag zu unterschreiben und dann sicher damit rechnen konnte, unbehelligt zu bleiben, wenn er seinerseits keine weiteren Schritte unternahm. Tatsächlich hat die Stadt zur Klarstellung ihrer Position erst dann Strafanzeige erstattet, als der Kl. über einen Monat vorher durch seinen RA. von ihr die Zahlung des Gehalts verlangt hatte. Daß die §§ 134 u. 138 BGB. allg. Rechtsgedanken enthalten, daß also Willenserklärungen, die einem gesetzlichen Verbot oder den guten Sitten zuwiderlaufen, auch im öffentlichen Recht keine Geltung beanspruchen können, ist allgemein anerkannt, wobei es allerdings durchaus denkbar ist, daß die Sphäre des öffentlichen Rechts z. B. dem Begriff der guten Sitten eine andere Tönung gibt. Ebenso ist die Zulässigkeit einer Anfechtung

lassungsantrage des Kl. zugrunde liegende Abkommen für nichtig und für anfechtbar.

1. Die Nichtigkeit stützt es auf § 134 und § 138 Abs. 1 BGB., da die Vereinbarung zwischen dem Oberbürgermeister und dem Kl. sowohl gegen ein gesetzl. Verbot wie gegen die guten Sitten verstoße. Schon eingangs ist betont worden, daß eine solche unmittelbare Anwendung von Vorschr. des bürgerl. Rechts auf öffentl.-rechtl. Verhältnisse, wie sie hier zur Entscheidung stehen, nicht angängig ist. Es kann sich nur fragen, inwieweit solche Vorschr. allgemeine Rechtsgedanken zum Ausdruck bringen, die, wenngleich sie nur im Privatrecht einen positiven gesetzl. Niederschlag gefunden haben, doch auch für das öffentl. Recht Geltung zu beanspruchen haben. Diese Frage muß allerdings für die genannten beiden Vorschr. des BGB. bejaht werden. Willenserklärungen, die einem gesetzl. Verbot oder den guten Sitten zuwiderlaufen, können auch im öffentl. Recht keine Anerkennung beanspruchen. Dabei kann an dieser Stelle unerörtert bleiben, wie ein Verwaltungsakt, der einen solchen Verstoß enthält, in seiner rechtlichen Wirkung zu beurteilen ist. Jedenfalls sind öffentl.-rechtl. Willenserklärungen von Privatpersonen, die unsittlichen oder verbotswidrigen Charakter tragen, nichtig. Dasselbe gilt von behördlichen Willenserklärungen, die nicht Verwaltungsakte sind. Deshalb würde auch das fragliche Abkommen, wenngleich an sich Vereinbarungen zwischen Behörde und Beamten, die dessen Ausscheiden aus dem Dienst zum Gegenstand haben, rechtl. zulässig sind, nichtig sein, wenn ihm der Mangel der Gesetzwidrigkeit oder Unsittlichkeit anhaftet. Das muß jedoch im Gegensatz zum BR. verneint werden.

1. Die Verfehlungen des Kl. waren nicht bloß disziplinarisch zu ahnden. Er hat Unterschlagung und schwere Urkundenfälschung, also strafbare Handlungen begangen. Das BG. meint nun, die Beamtenpflichten des Oberbürgermeisters hätten es erfordert, daß er als Spitze der städtischen Verwaltung entweder die Strafanzeige erstattete oder aber den Sachverhalt untersuchen ließ. Wenn er statt dessen mit dem Kl. das fragliche Abkommen geschlossen und sich darin zur Unterlassung der Anzeige verpflichtet habe, so habe darin eine Verletzung seiner Beamtenpflichten gelegen, die das Abkommen, wenn nicht nach § 134, so doch nach § 138 Abs. 1 BGB., nichtig mache.

Die Pflicht des Oberbürgermeisters als Dienstvorgesetzter des Kl., dessen strafrechtl. Verfolgung zu veranlassen, hat der BR. nicht etwa auf Grund besonderer irrevisibler Vorschr. des Hannov. Rechts angenommen, sondern hat sie ersichtlich aus allgemeinen Grundsätzen des preuß. Rechts abgeleitet. Nach diesem bestand sie jedoch nicht. Es ist keineswegs Aufgabe jeder Behörde und jedes Beamten, zu seiner Kenntnis gelangende strafbare Handlungen anzuzeigen. Eine solche Verpflichtung liegt auch nicht dem Vorgesetzten ob, wenn es sich um Straftaten eines ihm untergebenen Beamten handelt. Welche Schritte er tun will, wenn er von einer solchen erfährt, hängt von seinem pflichtmäßigen Ermessen ab. Zuweilen wird schon das von ihm zu wahrende Interesse seiner Verwaltung eine Nichtanzeige als geboten erscheinen lassen. Aber auch eine billige Rücksichtnahme auf die Belange des schuldigen Beamten ist nicht immer ausgeschlossen und kann den Vorgesetzten unter Umständen veranlassen, von einer Anzeige abzusehen, ohne daß ihm das als Pflichtverletzung ausgelegt werden müßte.

Die vom BG. durch Hinweis auf eine Entsch. des PrOVG. v. 24. Sept. 1909 (angeführt bei von Rheinhaben die preuß. Disziplinarges. 2. Aufl. S. 102 Fußnote 1) berührte Streitfrage betrifft lediglich die Anzeigepflicht der Disziplinarbehörden. § 4 Abs. 2 PrDiszG. v. 21. Juli 1852 bestimmt, daß, wenn im Laufe eines Disziplinarverfahrens wegen der nämlichen Tatsachen eine gerichtliche Untersuchung gegen den Angeschuldigten eröffnet wird, das Disziplinarverfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des gerichtlichen Verfahrens ausgesetzt werden muß (ebenso § 77 Abs. 2 RBG.). Es ist nun die Frage aufgeworfen worden, ob, wenn im Laufe eines Disziplinarverfahrens der Verdacht einer strafbaren Handlung des angeschuldigten Beamten auftaucht, die Disziplinarbehörde der Strafverfolgungsbehörde Anzeige erstatten muß, um dem Strafverfahren seinen vom Gesetz gewollten Vorrang vor dem Disziplinarverfahren zu wahren. Die Frage wird verschieden beantwortet. Eine Stellungnahme dazu ist hier aber nicht erforderlich, denn jedenfalls kann aus dem § 4 a. a. O. (und ebenso für das Reichsrecht aus § 77 a. a. O.) eine Mitteilungspflicht, wenn überhaupt, nur hergeleitet werden, sofern ein Disziplinarverfahren eingeleitet ist oder eingeleitet werden soll und ferner nur für die Disziplinarbehörde, nicht für jeden Dienstvorgesetzten des Beamten, der sich strafbar gemacht haben soll. An beiden Voraussetzungen gebricht es im vorl. Fall. Die Einleitung eines Disziplinarverfahrens gegen den Kl. kam damals überhaupt noch nicht in Frage. Außerdem war die für den Kl. in Betracht kommende Disziplinarbehörde nicht der Oberbürgermeister, sondern der Regierungspräsident (§ 20 ZustG. v. 1. Aug. 1883 [GS. 237]). Ersterem lag also in seiner Eigenschaft als Leiter der Verwaltungsgeschäfte der Stadt (§ 74 Abs. 3 RevHannStädteO. v. 24. Juni 1858 [HannGS. 141]) keine Pflicht zur Strafanzeige ob.

Das BG. spricht in diesem Zusammenhang auch noch von der Pflicht des Oberbürgermeisters, das Verhalten des Kl. untersuchen zu lassen. Eine Pflicht diesen Inhalts kann indessen noch weniger anerkannt werden als die zur Strafanzeige. Jedenfalls hat diese Untersuchungspflicht auch wohl nach Ansicht des BR. keine selbständige Bedeutung. Ihre Verletzung allein kann daher den Bestand des zwischen dem Oberbürgermeister und dem Kl. etwa getroffenen Abkommens nicht beeinträchtigen.

2. Die Verpflichtungen des Oberbürgermeisters, die Verfehlungen des Kl. der StA. mitzuteilen, entnimmt das BG. außer seiner Vorgesetzteneigenschaft weiter noch seiner Eigenschaft als Leiter der Polizei. Als solcher habe er, so meint der BR., nach § 163 StPO. die ihm amtlich mitgeteilten strafbaren Handlungen des Kl. erforschen müssen. Diese Beurteilung des Sachverhalts läßt indessen eine hinreichende Trennung der verschiedenen Amtsaufgaben vermissen, die dem Oberbürgermeister der Bekl. oblagen. Er stand an der Spitze der städtischen Verwaltung, aber auch an der Polizeiverwaltung. Beide Stellungen vereinigten sich in seiner Person. Gleichwohl sind sie für die rechtliche Betrachtung zu trennen, ganz ebenso wie z. B. in der Entsch. RG. 63, 167 unterschieden worden ist zwischen der Stellung eines Amtsrichters als Richter und als Justizverwaltungsbeamter. Nicht jede Pflicht, die den Oberbürgermeister als Leiter der Polizei traf, traf ihn auch als obersten Vorgesetzten der städtischen Beamten. Und umgekehrt brauchte er nicht jede Mitteilung, die ihm in Verwaltungsgeschäften der Stadt gemacht wurde, schon ohne weiteres unter polizeilichen Gesichtspunkten zu behandeln. Seinem pflichtmäßigem Ermessen war es überlassen, wie er sich in dem einen Amtskreis durch den anderen beeinflussen lassen wollte. Die gegenteilige Ansicht des BR. widerspricht der herrschenden Verwaltungsübung, führt auch zu unannehmbaren Ergebnissen. Von ihr aus müßte im vorl. Fall dem Oberbürgermeister — von der inneren Tatseite abgesehen — sogar der Vorwurf gemacht werden, ein nach § 346 StGB. strafbares Verbrechen begangen zu haben.

Ist es danach geboten, zwischen den beiden Aufgabenkreisen des Oberbürgermeisters zu unterscheiden, so könnte

---

öffentlich-rechtlicher Willenserklärungen wegen widerrechtlicher Drohung unbedenklich zu bejahen. Die widerrechtliche Drohung gehört zu den unlauteren Mitteln, aus denen z. B. in den §§ 142, 143 ThürLVerwO. eine jederzeitige Zurücknahme einer Vfg. möglich ist. In Übereinstimmung mit dem RG. halte ich aber im vorl. Falle weder Gesetzwidrigkeit noch Unsittlichkeit noch das Vorliegen einer widerrechtlichen Drohung für gegeben.

Der Oberbürgermeister hat in dem ganzen Streitfall als Chef des städtischen Beamtenkörpers gehandelt. Als solcher mußte er diese allg. Interessen wahren, und hat dafür zutreffenderweise das Mittel gewählt, den Kl. möglichst rasch und, nachdem sein Entlassungsantrag vorlag, auch möglichst unauffällig aus dem öffentlichen Dienste zu entfernen. Eine weitere Pflicht zur Strafanzeige lag ihm nach den zutreffenden Erwägungen des RG. weder aus allg. Erwägungen noch in seiner durch den Streitfall gar nicht berührten Eigenschaft als Leiter der Polizei ob.

Das RG. wirft am Schlusse die Frage auf, ob der Oberbürgermeister nicht durch sein Vorgehen die Fürsorgepflicht verletzt habe, zu der die Anstellungskörperschaft dem Beamten gegenüber verpflichtet sei. Es könne vor allem in Frage kommen, ob eine so kurze Bemessung der Überlegungsfrist gebilligt werden könne. M. E. würde es aber im vorl. Falle eine Überspannung dieser Fürsorgepflicht bedeuten, wenn man in dem Handeln des Oberbürgermeisters eine Verletzung dieser Verpflichtung finden will. Sicher soll der Vor-

seine Stellung als Leiter der Polizei nur dann für die Beurteilung seines Verhaltens dem Kl. gegenüber von Belang sein, wenn er in dieser Eigenschaft mit letzterem verhandelt hätte. Dafür bietet aber der unstreitige Sachverhalt keinen Anhalt. Nur um die Stadtverwaltung, deren Leiter er war, baldmöglichst von einem unwürdigen Beamten zu befreien, hat er den Kl. zu sich kommen lassen und ihm nahegelegt, freiwillig aus dem städtischen Dienst zu scheiden.

3. Hilfsweise erörtert das BG., wie das Verfahren des Oberbürgermeisters dann zu beurteilen sein werde, wenn er durch die ihm vom Bürodirektor und vom Stadtkämmerer gemachten Mitteilungen noch nicht von der Schuld des Kl. voll überzeugt worden sei, sondern noch Zweifel an ihr gehabt habe. Es meint, der Oberbürgermeister habe dann gegen die Treu- und Beamtenfürsorgepflicht, die der Bekl. dem Kl. gegenüber obgelegen habe, und damit auch gegen die guten Sitten verstoßen. Er habe solchenfalls das Interesse des Kl. an Klarstellung der Angelegenheit nicht hinreichend berücksichtigt. Er habe nicht ohne weiteres Feststellungen vom Kl., das Ausscheiden aus dem Amte, noch dazu unter Drohung mit einer polizeilichen Untersuchung, verlangen dürfen. Hierzu ist an dieser Stelle nur zu bemerken, daß, wenn der Oberbürgermeister schuldhaft die Fürsorgepflicht außer acht gelassen haben sollte, deren Erfüllung der Kl. von der Stadt fordern durfte, hieraus für ihn ein Schadensersatzanspruch erwachsen sein mag, auf den am Schluß des Urt. noch eingegangen werden soll. Den guten Sitten hat der Oberbürgermeister aber nicht schon dadurch zuwidergehandelt, daß er bei Abwägung der beiderseitigen Belange fehlgegriffen hat. Das Interesse der Stadt an Reinhaltung ihres Beamtenkörpers, an baldiger Schaffung klarer Verhältnisse hat er nicht bloß höher bewertet als das Interesse des Staates an der Bestrafung des Kl., sondern auch als dessen Interesse, daß ihm längere Zeit zur ruhigen Überlegung über die von ihm zu fassenden Entschlüsse gelassen werde. Es mag sein, daß der Kl. daraus einen Vorwurf gegen den Oberbürgermeister herleiten kann. In einer solchen vielleicht irrigen Bewertung der verschiedenen beachtlichen Gesichtspunkte durch diesen liegt aber noch keine die nach Annahme des BR. getroffene Abmachung in ihrer Gültigkeit beeinträchtigende Sittenwidrigkeit.

4. Das BG. legt dann weiter noch dar, bei der engen zeitlichen und wirtschaftlichen Verbindung des obligatorischen Abkommens, das durch das Unterschreiben der vorgelegten Urkunde zustande gekommen sei, mit dem Entlassungsantrage und der Verzichtserklärung habe die Nichtigkeit des Abkommens auch diese Erklärungen getroffen, gleichgültig ob die Nichtigkeit des Abkommens auf § 134 oder auf § 138 Abs. 1 BGB. beruhe. Ob auch gegen diese Auffassung des BR. Einwendungen zu erheben sind, kann dahingestellt bleiben. Denn nach dem bisher Gesagten kommt eine Nichtigkeit der nach der Annahme des BG. den weiteren Erklärungen des Kl. und des Magistrats der Bekl. zugrunde liegenden Abmachung weder wegen Verbotswidrigkeit noch wegen Unsittlichkeit in Frage.

II. In zweiter Reihe legt das BG. dar, das zwischen dem Oberbürgermeister und dem Kl. getroffene Abkommen, dessen Entlassungsantrag und Verzichtserklärung seien, wenn nicht von vornherein nichtig, so doch mindestens nachträglich infolge der — auf widerrechtliche Drohung gestützten — Anfechtung durch den Kl. nichtig geworden. Auch hier ist zunächst die vom BR. nicht aufgeworfene Frage zu beantworten, ob öffentl.-rechtl. Willenserklärungen von Privatpersonen der Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung unterliegen. Dies ist unbedenklich zu bejahen. Jedoch ist eine rechtlich einwandfreie Feststellung solcher Drohung im BU. nicht getroffen worden.

Zunächst führt das BG. aus, darin, daß der Oberbürgermeister dem Kl. die schweren gegen diesen vorliegenden Verdachtsgründe auseinandergesetzt und dann von ihm verlangt habe, die vorgelegte Urkunde zu unterschreiben, und zwar sofort oder doch nach Ablauf einer Bedenkzeit von einer Viertelstunde, habe schon von selbst die Androhung gelegen, daß der Sachverhalt untersucht und zur Anzeige gebracht werden würde, wenn der Kl. nicht unterschriebe. Das sei auch dann anzunehmen, wenn weder ausdrücklich noch andeutungsweise von einer Strafanzeige oder einer Benachrichtigung der Polizei gesprochen worden sei. Hiernach ist damit zu rechnen, daß der Oberbürgermeister dem Kl. überhaupt keine Strafanzeige in Aussicht gestellt hat, weder ausdrücklich noch auch stillschweigend. Er soll ja nicht einmal „andeutungsweise" davon gesprochen haben. Eine Drohung kann aber nur durch irgendeine Willensäußerung des Drohenden zum Ausdruck gelangen. Sie ist hier also für den Oberbürgermeister, dessen Drohung der Kl. nachgegeben haben soll, bisher nicht festgestellt worden. Es bleibt, worauf die Rev. mit Recht hinweist, die Möglichkeit offen, daß die objektive Sachlage den Kl. dazu bestimmt hat, den Entlassungsantrag zu unterschreiben. Er konnte nach allgemeiner Lebenserfahrung nichts anderes erwarten, als daß ihn die Stadtverwaltung bei der Staatsanwaltschaft anzeigen werde. Anderseits durfte er, auf welche Möglichkeit bereits an anderer Stelle hingewiesen worden ist, mit größter Wahrscheinlichkeit damit rechnen, daß diese Anzeige bei seinem Ausscheiden aus dem Dienste unterbleiben werde, da dann jedes Interesse der Stadt an seiner Bestrafung wegfiel. War ihm das ohne weiteres bewußt, so bedurfte es keines irgendwie gearteten Hinweises des Oberbürgermeisters mehr. Die für beide Teile ohne weiteres klare objektive Sachlage leitete die Entschlüsse des Kl. Dann ist er auf Grund eigener Überlegung dazu gelangt, sein Amt niederzulegen, um ein Strafverfahren zu vermeiden, das aller Voraussicht nach ebenfalls den Amtsverlust für ihn im Gefolge gehabt haben würde (vgl. RGUrt. v. 20. Jan. 1913 VI 366/12, abgedr. RGWarn. 1913 S. 186).

Nach Ablauf der ihm gesetzten Bedenkzeit von einer Viertelstunde ist der Kl. nicht nochmals beim Oberbürgermeister, sondern nur beim Bürodirektor erschienen, um eine Verlängerung der ihm gesetzten Frist zu erwirken. In dessen Antwort, der Polizei sei auf Anweisung des Oberbürgermeisters bereits Mitteilung gemacht worden, sieht das BG. eine weitere Drohung, jedoch zu Unrecht. Denn die Eröffnung des Bürodirektors an den Kl. betraf, worauf die Rev. ebenfalls mit Recht Wert legt, eine schon vollzogene Tatsache, stellte dem Kl. nicht etwa erst die künftige Verwirklichung eines Übels durch die Stadtverwaltung in Aussicht. Das Erscheinen des Polizeikommissars, bei dessen Anblick sich der Kl. zur Unterschrift entschloß, ist nach der Darstellung der Bekl. nur zufällig mit der Anwesenheit des Kl. beim Bürodirektor zusammengefallen. Daß das Erscheinen des Polizeibeamten vom Oberbürgermeister veranlaßt worden ist, um auf den Kl. einen Druck auszuüben, ist bisher nicht festgestellt worden. Dagegen spricht, daß der Oberbürgermeister den Polizeikommissar erst hat herbeirufen lassen, als die dem Kl. gesetzte Bedenkzeit abgelaufen war, als er wahrscheinlich nicht mehr damit rechnete, der Kl. werde noch freiwillig erscheinen.

Demnach genügt auch zu diesem Teil die Begründung des BU. nicht, um die getroffene Entscheidung zu rechtfertigen, so daß die Aufhebung des BU. und die Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz geboten ist.

Bei der erneuten Verhandlung der Sache wird insbes. zu prüfen sein, ob der Oberbürgermeister, auch wenn er weder gegen ein gesetzliches Verbot noch gegen die guten Sitten verstoßen hat, wenn ihm ferner keine widerrechtliche Drohung zur Last fällt, gleichwohl bei Herbeiführung des Ausscheidens des Kl. die schon in anderem Zusammenhange erwähnte Fürsorgepflicht schuldhaft verletzt hat, welche die Stadt ihren Beamten schuldig ist. Bei aller ihm obliegenden Wahrung der städtischen Interessen durfte er doch an den Belangen des Kl. nicht völlig vorbeigehen (vgl. Urt. des Sen. v. 1. Juli 1930, III 353/29: Gruch. Bd. 71 S. 618 Nr. 70 und ZBR. Bd. 3

gesetzte die Untergebenen verständnisvoll und menschlich behandeln (so Brand, Beamtenrecht, 3. Aufl., S. 489). Aber vorgeht m. E. die Pflicht des Chefs der Behörde, die Interessen der Gesamtheit, hier des Beamtenkörpers, zu wahren. Schon in dem Vorgehen des Oberbürgermeisters lag ja, wie der weitere Verlauf, besonders die Verurteilung des Kl., zeigt, eine starke Rücksichtnahme des Oberbürgermeisters auf die Belange des Kl. Da der Oberbürgermeister doch offenbar in der Angelegenheit sehr klar sah, bestand für ihn die Möglichkeit, die Angelegenheit sofort der StA. zu übergeben und den Kl. vom Amte zu suspendieren. Wenn er das nicht tat, sondern dem Kl. entgegenkam, andererseits aber eine sofortige Stellungnahme desselben verlangte, so wird man darin nicht ein etwa Schadensersatzansprüche auslösendes Verhalten des Oberbürgermeisters erblicken dürfen.

Prof. Dr. Koellreutter, Jena.

S. 163 Nr. 25). Es kann in Frage kommen, ob eine so kurze Bemessung der Überlegungsfrist für die vom Kl. zu treffende außerordentlich wichtige Entschließung noch gebilligt werden kann. Allerdings würde eine solche Verletzung der Fürsorgepflicht die Entlassung des Kl. an sich nicht berühren, sondern nur eine Schadensersatzpflicht der Stadt begründen. Ihre Gehaltszahlungspflicht würde sich beschränken auf die Zeit, während der der Kl. noch Gehalt bezogen hätte, falls er den Entlassungsantrag nicht gestellt hätte. Er würde dann voraussichtlich sein Amt im Wege eines Disziplinarverfahrens verloren haben. Dieser Zeitpunkt wäre zu ermitteln und danach die Verurteilung der Bekl. zu begrenzen. Auch eine etwa durch Suspension des Kl. eingetretene Gehaltsminderung des Kl. wäre ebenso zu berücksichtigen wie auf der anderen Seite die Möglichkeit, daß ihm bei seiner strafweisen Dienstentlassung ein Teil seines Ruhegehalts belassen worden wäre (§ 16 Abs. 3 DiszG.).

(U. v. 13. Nov. 1931; 374/30 III. — Celle.) [Sch.]

<= RG. 134, 62.>

2. §§ 249, 826 BGB.

1. Die bloße Tatsache, daß jemand durch betrügerische Handlung veranlaßt worden ist, Anteile einer GmbH. zu erwerben, die in der Folge zusammengebrochen ist, rechtfertigt einen Schadensersatzanspruch noch nicht, wenn die GmbH. zur Zeit des Vertragsabschlusses noch aktiv war und ihr Zusammenbruch durch die allgemeine wirtschaftliche Lage herbeigeführt ist.

2. Wer nach solchem Erwerb die Geschäfte der GmbH. nach Aufdeckung des Sachverhalts aus freiem Entschluß weiterführt, muß auch das fernere Risiko auf sich nehmen.

3. Bei Prüfung der Schadenshöhe sind die Vorteile zu beachten, die die Fortführung der GmbH. gebracht hat, andererseits sind in Betracht zu ziehen die Nutzungen, die man aus seinem Kapital anderweit hätte ziehen können.†)

Der Kl. hat auf Grund eines mit dem Bekl. i. J. 1925 abgeschlossenen Vertr. 1000 *RM* Geschäftsanteile einer GmbH., deren Gegenstand der Handel mit Papier, Pappe und Kartonnagen bildete, übernommen und dafür 7000 *RM* an den Bekl., der damals alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH. war, gezahlt. Mit Klage v. 31. Dez. 1928 verlangte der Kl., nachdem die GmbH. inzwischen zusammengebrochen war, von dem Bekl. die Zurückzahlung der für die Geschäftsanteile gezahlten 7000 *RM*. Er behauptete, der Bekl. habe ihn bei Abschluß des Kaufvertr. v. 21. April 1925 betrogen und in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich geschädigt. Infolgedessen sei von ihm der Kaufvertr. auch wegen arglistiger Täuschung angefochten worden. LG. und OLG. gaben der Klage statt. Die Rev. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Dem BG. kann nicht entgegengetreten werden, wenn es feststellt, der Bekl. habe gegen die guten Sitten verstoßen, als er dem Kl. Geschäftsanteile der GmbH. im Betrage von 1000 *RM* für 7000 *RM* verkaufte und ihm dabei verschwieg, daß das Betriebskapital der GmbH. zum wesentlichen Teile aus Unterschlagungen zum Nachteil der Rettungsges. der Wassersportvereine von B. und Umgegend e. V., deren Schatzmeister der Bekl. gewesen war, stammte. Dagegen hat das BG., das die Schadensersatzpflicht des Bekl. allein auf § 826 BGB. und nicht auf den abgeschlossenen Vertr. gründet, die weiteren Erfordernisse des § 826 BGB. nicht in ausreichender Weise festgestellt. Zwar bezeichnet es die GmbH. als notleidend und als ein Unternehmen auf schwankender Grundlage. Andererseits aber unterstellt es, daß die GmbH. zur Zeit des VertrSchlusses noch aktiv gewesen und daß ihr Zusammenbruch, der zur Entwertung der Geschäftsanteile führte, infolge der allg. Wirtschaftslage und nicht infolge der Unterschlagungen des Bekl. eingetreten sei. In betreff des Vorsatzes stellt das BG. fest, der Bekl. habe mit der Möglichkeit gerechnet, dem Kl. werde ein Schaden aus dem Erwerbe der Geschäftsanteile erwachsen und er habe diesen möglichen Erfolg, der nach der Unterstellung des BG. infolge der allg. Wirtschaftslage eingetreten sein kann, für den Fall seines Eintritts gebilligt. Diese Feststellungen erfüllen die Voraussetzungen des § 826 BGB. um so weniger, als das BG. ersichtlich davon ausgeht, die sittenwidrige Täuschung sei mit dem VertrSchluß beendet gewesen und habe sich nicht etwa durch Unterhaltung des Irrtums bis zur Aufdeckung des Sachverhalts fortgesetzt. Denn weder ist festgestellt, daß die Geschäftsanteile im Zeitpunkt ihrer Veräußerung unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage und der zu erwartenden Entwicklung den Wert von 7000 *RM* nicht hatten und daß der Bekl. dies wußte, noch ist festgestellt, daß ihr Erwerb eine so erhebliche Gefährdung der gesamten Vermögenslage des Kl. bildete, daß schon damit der Tatbestand einer Schadenszufügung gegeben war und daß der Bekl. sich dessen bewußt gewesen ist (RGSt. 65, 106 ff.).

Schon dieses Bedenken mußte zur Aufhebung des angef. Urt. führen. Unter der Voraussetzung, daß das BG. die vermißten Feststellungen aus der gegebenen Sachlage oder nach weiterer Aufklärung zu treffen in der Lage sein wird, würde sich allerdings eine infolge der allg. Wirtschaftslage eingetretene weitere Entwertung der Geschäftsanteile als adäquate Folge der schadenstiftenden Handlung darstellen. Der Zusammenbruch von GmbH. ist eine tägliche Erscheinung des Wirtschaftslebens. Der Zusammenbruch einer GmbH., deren Betriebskapital im wesentlichen durch Unterschlagungen beschafft ist, wird nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge in Zeiten wirtschaftlichen Niedergangs leichter erfolgen, als der Zusammenbruch eines Unternehmens, das auf solider Grundlage beruht. Nun hatte der Bekl. aber behauptet, der Kl. habe nach Aufdeckung des Sachverhalts die Geschäfte der GmbH. allein weitergeführt, er habe seinen Geschäftsführerposten behalten und den Rücktritt des Bekl. verlangt, auch habe er zugunsten der RettungsGes. Sicherungsübereignungen vorgenommen. Wenn der Kl. hiermit aus freiem Entschluß die Gesellschaft allein fortgeführt hat, so mußte er auch das fernere Risiko, das hiermit verbunden war, auf sich nehmen. Wenn der Kl.

Zu 2. Sittenwidrigkeit verpflichtet zu Schadensersatz, wenn aus diesem gesetzwidrigen Verhalten auch wirklich ein Schaden entstanden ist. Das RG. ist der Meinung, daß eine aktive GmbH., deren Betriebskapital zum wesentlichen Teil durch Unterschlagungen, begangen an einem Dritten, zusammengebracht worden sei, allein die Gesellschaft noch nicht gefährde. Deshalb sei die Veräußerung des Geschäftsanteils einer solchen GmbH. noch keine Schaden verursachende Handlung. Das ist recht bedenklich. Denn dieser GmbH. kann doch in jedem Augenblick der wesentliche Teil ihres Betriebskapitals entzogen werden. Damit wird der veräußerte Geschäftsanteil nahezu wertlos. Demzufolge ist mit der Veräußerung des Geschäftsanteils bereits die Vermögenslage des Erwerbers so gefährdet, daß der Tatbestand der Schadenszufügung erfüllt ist. Man wird deshalb dem KG. darin zustimmen müssen, daß die verpönte Handlung mit ihrer entscheidenden Auswirkung bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beendet war.

Das RG. nimmt ferner an, daß die Übernahme der Geschäftsführung der GmbH. durch den Geschädigten das damit verbundene Risiko auf den geschädigten Erwerber des Geschäftsanteils abwälze. Allerdings nur, wenn der neue Geschäftsführer aus freiem Entschlusse und nicht in einer von dem Anteilsveräußerer verschuldeten Zwangslage zwecks Minderung des Schadens gehandelt habe.

Zunächst ist nicht recht ersichtlich, was diese Unterscheidung bedeuten soll. Wenn durch die Geschäftsführung des Anteilserwerbers sein Anteil wertvoller wird und wenn man mit dem RG. einen adäquaten Zusammenhang annimmt, so kommt es nicht darauf an, aus welchen Gründen der Erwerber die Geschäftsführung übernommen hat.

Wohl zu weit geht das RG. in der Beurteilung der Vorteilsausgleichung. Es erblickt in der Entnahme des Gehalts durch den neuen Geschäftsführer einen ausgleichspflichtigen Betrag. Wenn der Geschäftsführer für seine Tätigkeit einen Gehaltsanspruch hatte, so liegt aber in diesem Rechtsanspruch die Befugnis zur Entnahme. Der Gehaltsanspruch entspringt nicht aus der schädigenden Handlung des Veräußerers; er steht mit dieser in einem viel zu losen Zusammenhang, als daß daraus eine Anrechnungspflicht abgeleitet werden könnte. Selbst wenn man mit dem RG. die Entstehung des Schadens auf einen späteren Zeitpunkt verlegt, ist der Gehaltsanspruch kein Nutzen, der gleichzeitig durch die schädigende Handlung hervorgerufen wurde. Mag man auch einen mittelbaren Vorteil in Rechnung stellen, so kann doch unmöglich der Gehalt als ein solcher betrachtet werden, sondern höchstens die etwa eingetretene Wertsteigerung des Anteils, der aus der Geschäftsführung des Anteilserwerbers entfließt.

Hat der neue Geschäftsführer durch seinen Gehalt übersteigende Entnahmen aus der Gesellschaftskasse seine persönlichen Bedürfnisse

hierbei aber nur in einer vom Bekl. verschuldeten Zwangslage gehandelt hat, um den Schaden zu mindern, so würde die Gefahr der Unternehmung ihm, unbeschadet seiner Verpflichtung, für etwaiges eigenes Versehen einzustehen, nicht aufzubürden sein. Auch in dieser Hinsicht ist die Feststellung des BG., in einem etwaigen Verzicht auf das Anfechtungsrecht liege kein Verzicht auf den Schadensersatz, nicht erschöpfend.

Weiter ist von dem BG. nicht erörtert, ob der Kl. sich die Vorteile anrechnen lassen müsse, die ihm aus der Fortführung der GmbH. erwachsen seien. Hierzu hat der Bekl. vorgetragen, der Kl. habe ein Jahr lang das Gehalt aus der GesKasse entnommen und durch Entnahmen aus der GesKasse seine persönlichen Bedürfnisse befriedigt. Dieses Vorbringen ist vom BG. übergangen. Eine Prozeßrüge dieserhalb ist zwar nicht erhoben. Die Übergehung kann aber auf Verkennung der rechtlichen Grundsätze der Vorteilsausgleichung, also auf unrichtiger Anwendung des sachlichen Rechts auf den unterbreiteten Sachverhalt, beruhen. Dabei werden gegebenenfalls auch die Nutzungen in Betracht zu ziehen sein, die der Kl. aus seinem Kapital anderweit hätte ziehen können, wenn er es nicht in der GmbH. festgelegt hätte.

Die Rev. rügt noch, das BG. habe die Behauptung des Bekl. übergangen, daß der Kl. die von ihm gebrachten 5000 *RM* seinerseits der Kasse des Regattavereins veruntreut habe. Sie meint, wäre dem so, dann hätte der Kl. nichts darin finden können, daß der Bekl. sein Geschäft aus Mitteln der RettungsGes. finanzierte und ihm dies verschwieg, denn er hätte ja dann ebenso gehandelt. Die Rüge der Verletzung des § 286 ZPO. ist jedoch nicht begründet. Das BG. lehnt eine solche Schlußfolgerung ab. Es stellt fest, daß der Bekl. sich bei Kenntnis des Sachverhalts an der GmbH. nicht beteiligt hätte. An diese Feststellung ist das RevG. gebunden. Der Einwand gibt auch in sachlich-rechtlicher Hinsicht zu Bedenken keine Veranlassung. Denn weder läßt sich sagen, der Kl., der gegebenenfalls nicht Eigentümer des Geldes gewesen wäre, sei durch die Weggabe des Geldes ein Schaden nicht entstanden, noch läßt sich sagen, der Kl. handle durch die Zurückforderung des Geldes arglistig. Der von ihm erhobene Schadensersatzanspruch, der in der Verletzung seiner wirtschaftlichen Interessen begründet ist, ist allerdings, falls der Einwand des Bekl. zutrifft, mit der Verpflichtung belastet, dem Regattaverein das Geld zu erstatten. Der Bekl. will aber mit seinem Einwand gar nicht die Sicherung des Regattavereins erreichen, sondern er will überhaupt nicht zahlen.

(U. v. 28. Nov. 1931; 203/31 IX. — Berlin.) [H.]

3. §§ 254, 823 BGB.

1. Wenn einer Stadtgemeinde bekannt ist, daß Kinder an einem öffentlichen Brunnen häufig Wasser umherspritzen, dann muß sie in einer Zeit, in der täglich mit Frost in den Abendstunden gerechnet werden muß, dafür sorgen, daß auch abends noch, unter Umständen sogar spät abends noch, eine gefährliche Eisbildung erkannt und beseitigt wird.

2. Unter Umständen kann sogar die Gemeinde als beweispflichtig dafür erachtet werden, daß die Eisbildung erst zu einer Zeit entstanden ist, für die ihr eine Nachprüfung nicht mehr zuzumuten war.

3. Wer bei trockenem Wetter einen Fahrdamm überschreitet, braucht ohne besonderen Anlaß nicht mit Glatteisbildung zu rechnen.

Die Kl. ist am Abend des 24. Febr. 1928 gegen 22½ Uhr in der Sonnenstraße zu C. dadurch zu Fall gekommen, daß sie in der Nähe eines offenen Brunnens auf der den Fahrdamm bedeckenden Eisschicht ausglitt, ehe sie den gegenüberliegenden Bürgersteig erreichte. Das OLG. hat die Schadensklage abgewiesen, das RG. aufgehoben.

Das OLG. stellt tatsächlich fest, daß der nahe der Unfallstelle gelegene öffentliche Brunnen in der Sonnenstraße derart beschaffen war, daß bei ordnungsmäßiger Benutzung Wasser in irgendwie erheblicher Menge nicht auf die Straße fließen und zu der der Kl. verhängnisvoll gewordenen Eisbildung hätte führen können. Infolgedessen habe die tatsächlich erwiesene umfangreiche Eisbildung nur auf Mißbrauch durch Kinder oder junge Burschen beruhen können. Demgegenüber betont die Rev., daß das OLG. hierbei die Erfahrung des täglichen Lebens nicht genügend berücksichtigt habe, wonach in der Umgebung solcher Brunnen, auch ohne Mißbrauch oder groben Unfug, leicht durch Überlaufen von Gefäßen oder Verschütten aus diesen gewisse Wassermengen auf die Straße gelangen und dann im Winter leicht zu Eisbildung Anlaß geben.

Das kann aber auf sich beruhen bleiben, denn das OLG. stellt ferner fest, der Bekl. und ihren Angestellten sei bekannt gewesen, daß sich gerade an diesem Brunnen häufig Schulkinder und halbwüchsige Burschen zu schaffen machten, die das Wasser in die Umgebung des Brunnens verspritzten. Dann aber konnte die Bekl. sich nicht darauf berufen, daß sie bzw. ihre Beamten und Angestellten gar nicht mit der Möglichkeit hätten rechnen können oder müssen, es werde auch an dem Unfallstage an der Unfallstelle eine Eisbildung entstehen. Das Gegenteil ergibt sich nach allgemeiner Erfahrung aus den tatsächlichen Feststellungen des BG.; das wird noch durch die weitere Feststellung bestätigt, daß die Bekl. sich im folgenden Winter gerade wegen des schon früher bekannten Mißbrauchs veranlaßt gesehen hat, den fraglichen Brunnen zu entfernen.

Nun ist es zwar richtig, daß von einer allgemeinen Streupflicht der Gemeinden hinsichtlich des Fahrdamms der öffentlichen Straßen keine Rede sein kann. Darum handelt es sich im vorliegenden Falle aber gar nicht. Vielmehr ist der vom OLG. geteilte Standpunkt der Bekl. dahin zu verstehen, diese könne für Gefahren nicht verantwortlich gemacht werden, die durch Mißbrauch ihrer im öffentlichen Interesse geschaffenen Anlagen entstehen könne. Dieser Grundsatz ist zwar im allgemeinen richtig; es muß aber zunächst einmal geprüft werden, ob die Stadtgemeinde nicht verpflichtet ist, dafür zu sorgen, daß solcher Mißbrauch verhindert wird. Das OLG. nimmt dazu nicht ausdrücklich Stellung; meint aber, daß die Bekl. ohne unverhältnismäßige Aufwendungen für Bewachen das mißbräuchliche Verspritzen des Brunnenwassers nicht habe verhindern können. Das mag richtig sein. Bei dieser Sachlage genügte die Bekl. ihrer Pflicht, für die allgemeine Sicherheit des Verkehrs zu sorgen, bei der ihr bekannten Sachlage aber nur, wenn sie bis zu einer Zeit, in der regelmäßig solcher Mißbrauch aufzuhören pflegt, die Umgebung des Brunnens auf Eisbildung von Zeit zu Zeit nachprüfen ließ. Das OLG. meint, die Bekl. habe ihrer Pflicht schon dadurch genügt, daß sie ihren Straßenwärter S. in den Dienststunden, also in der Zeit bis 5 Uhr nachmittags, die fragliche Stelle habe prüfen lassen. Dem kann nicht beigetreten werden. Der Bekl. war die Neigung umwohnender Kinder zum Wasserverspritzen bekannt; ihr war die besondere Gefährlichkeit dieser Straßenstelle wegen der Neigung des Fahrdamms nach der gegenüberliegenden Straßenseite bekannt. Trotzdem ließ sie in einer Zeit, in der täglich mit Frost in den Abendstunden gerechnet werden mußte, es bei einer Prüfung der gefährlichen Stelle nur bis 5 Uhr nachmittags bewenden, ohne sich irgendwie darum zu kümmern, was in den späteren Nachmittags- und Abendstunden geschah. Wenn das OLG. dieses Verhalten der Bekl. — die Beamten und Angestellten handelten dabei offenbar nach einer ihnen erteilten Dienstanweisung — billigt, so verkennt es den Begriff der Fahrlässigkeit und den Umfang der den Gemeinden obliegenden Sorgfaltspflicht hinsichtlich der Sicherheit des Verkehrs auf den öffentlichen Straßen.

Das angefochtene Urteil muß daher aufgehoben werden. Zur Endentscheidung ist die Sache auch im Sinne der Zurückweisung der Berufung noch nicht reif, obwohl die Bekl. sich auf den Entschuldigungsbeweis nach § 831 BGB. nicht berufen kann, weil sie keinerlei Vorsorge für Schaffung der Verkehrssicherheit nach 5 Uhr nachmittags getroffen hat. Vor

---

befriedigt, so hat er in unrechtmäßiger Weise die GmbH. geschädigt. Er ist dieser ersatzpflichtig, aber nicht dem Schädiger gegenüber ausgleichungspflichtig. Auch hier fehlt, wenn man den Tatsachenkomplex noch so weit faßt, die gemeinsame Wurzel für Schaden und Vorteil.

Daß sich der Schädiger, der fremdes Geld veruntreut hat, nicht darauf berufen kann, daß sein Vertragsgegner ebenso gehandelt hat, bedarf keiner weiteren Ausführung.

JR. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

allem muß geprüft werden, wann am Unfallstage die Eisbildung eingetreten ist, und ob zu dieser Zeit der Bekl. noch eine Nachprüfung des tatsächlichen Zustandes der Straße, notfalls Beseitigung der gefährlichen Eisbildung zugemutet werden konnte. Dabei ist zu berücksichtigen, daß nach der eingeholten Auskunft der Landeswetterwarte die Temperatur am fraglichen Tage schon um 9 Uhr abends auf — 1° C gesunken war und daß nach der besonderen Sachlage von der Bekl. verlangt werden kann, daß sie ihre Maßregeln zur Abwendung von Gefahren für das Publikum auch auf die späten Abendstunden erstreckt. Unter diesen Umständen bedarf es der Erwägung, ob die Bekl. gegenüber dem festgestellten Zustand nicht überhaupt dafür beweispflichtig ist, daß die Eisbildung an der Unfallstelle erst zu einer Zeit entstanden ist, für die der Bekl. eine Nachprüfung des Zustands der Straße nicht mehr zuzumuten war. — Aber auch sonst sind weitere tatsächliche Feststellungen noch erforderlich. Denn einmal fehlen alle tatsächlichen Feststellungen darüber, ob der Kl. ein die Zuerkennung einer Rente nach § 843 BGB. rechtfertigender Dauerschaden entstanden ist. Andererseits kommt noch in Betracht, daß die Bekl. sich auf mitwirkendes eigenes Verschulden der Kl. bei der Entstehung des Schadens berufen hatte. Auch in dieser Richtung hat das OLG. keine tatsächlichen Feststellungen getroffen, da es von seinem Standpunkt aus hierzu keinen Anlaß hatte. Das muß also nachgeholt werden. Man wird dabei berücksichtigen müssen, daß das Publikum bei dem Fahrdamm regelmäßig nicht mit derselben Verkehrssicherheit rechnen kann, wie das bei Bürgersteigen der Fall ist. Es ist also beim Begehen des Fahrdamms eine erhöhte Achtsamkeit geboten, besonders wenn die Straßenbeleuchtung es ermöglicht, gefährliche Stellen zu entdecken und daraufhin zu umgehen. Andererseits braucht das Publikum auch beim Begehen des Fahrdamms nicht mit Gefahren zu rechnen, die durch die natürlichen Witterungsverhältnisse entstehen können, falls die dazu erforderlichen Voraussetzungen, z. B. Regen oder Schnee, nicht gegeben sind. Wer bei trockenem Wetter einen Fahrdamm überschreitet, braucht nicht mit Glatteisbildung zu rechnen, sofern nicht besondere, bekannte oder erkennbare Umstände für gewisse Stellen oder Flächen darauf hindeuten, daß hier eine Gefahr besteht. Unter Beachtung dieser Gesichtspunkte wird das Verhalten der Kl. zu prüfen sein.

(U. v. 17. Jan. 1931; 451/30 IX. — Dresden.) [H.]

4. § 273 BGB. — Zurückbehaltungsrecht als Anwendungsfall der Arglisteinrede.

1. Wird von dem Bekl. die Herausgabe eines durch unerlaubte Handlung erlangten Gegenstandes verlangt, so ist ihm die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes nur wegen solcher Forderungen verwehrt, die wegen Verwendung auf den Gegenstand oder wegen eines durch den Gegenstand verursachten Schadens entstanden sind. Im übrigen entscheidet die Konnexität der beiden Forderungen.

2. Nur in Fällen, in denen die Zurückbehaltung die Wirkung einer Aufrechnung hat, ist demjenigen, dessen Verbindlichkeit auf einer unerlaubten Handlung beruht, die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes untersagt.†)

Am 26. Juni 1926 schloß der Kl. mit der Bekl. zu 2 einen Vertrag, nach dem er mit einer Einlage von 10 000 RM stiller Gesellschafter der Bekl. zu 1 werden sollte, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Bekl. zu 2 war. Die Einlage leistete er vereinbarungsgemäß in der Weise, daß er eine für ihn im Grundbuch von M.-S. Bl. 1153 eingetragene Kaufgeldhypothek über 10 000 RM in die Gesellschaft einbrachte. Er trat die Hypothekenforderung an die Bekl. zu 2 ab und übergab ihr den Hypothekenbrief. Er beantragte, die Bekl. als Gesamtschuldner zu verurteilen, ihm den Hypothekenbrief zurückzugeben und die Bekl. zu 2 weiter zu verurteilen, die Hypothekenforderung an ihn abzutreten. Für den Fall, daß diese Leistungen nicht erfolgen, beantragte er, die Bekl. als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 10 000 Reichsmark nebst Zinsen zu bezahlen. Das BG. hat das die Bekl. nach Klageantrag verurteilende Erkenntnis des LG. bestätigt. Von mehreren Klagegründen hielt es einen für begründet, der dahin ging, „daß die Bekl. den Kl. durch unrichtige Angaben über die Vermögensverhältnisse der Bekl. zu 1 arglistig getäuscht haben und daß deshalb die Anfechtung des Vertrages gerechtfertigt sei“. Diese Begründung des BU. wird von der Rev. nicht angegriffen. Die Rev. richtet sich vielmehr nur dagegen, daß das BG. die Zurückbehaltungseinrede der Bekl. nicht für gerechtfertigt erklärt hat. Das Zurückbehaltungsrecht wurde darauf gestützt, daß der Kl. gemeinschaftlich mit Dritten am 16. Aug. 1926, um seine angeblichen Ansprüche aus der Anfechtung des Gesellschaftsvertrages zu sichern, widerrechtlich im Geschäft der Bekl. zu 1 sämtliche Schuhwaren weggenommen und fortgeschafft habe. Nur ein Teil der Schuhwaren sei wieder in den Besitz der Bekl. zu 1 zurückgekommen, ein anderer Teil nur in beschädigtem Zustande. Auch sei durch die Wegnahme der Schuhe für einige Zeit der Betrieb des Geschäftes unmöglich geworden. Wegen des dadurch entstandenen Schadens erhob die Bekl. zu 1 gegen den Kl. Klage, die noch beim LG. anhängig ist, und mit der sie zuletzt Verurteilung des Kl. und der mit ihm Handelnden zur Zahlung von 28 569,62 RM nebst Zinsen und zur Herausgabe von 1604 Paar Schuhen beantragte. Wegen dieses Anspruchs stehe ihr zugleich ein Zurückbehaltungsrecht zu. Das BG. verweist in seinem zweiten Urt. auf die Begr. seines ersten Urt., das die Entsch. von einem Eide der Bekl. zu 2 und 3 über die ihnen vorgeworfenen falschen Angaben über die Vermögenslage der KommGes. abhängig gemacht hatte. Das erste Urt. erklärt unter Bezugnahme auf § 273 Abs. 2 BGB. im Falle der Verweigerung des Eides das Zurückbehaltungsrecht nicht als begründet, da die Bekl. dann den Hypothekenbrief auf Grund einer unerlaubten Handlung aus § 826 BGB. erlangt haben.

Die Rev. hält § 273 Abs. 2 schon deshalb nicht für anwendbar, weil die Klage gar nicht auf Herausgabe eines Gegenstandes i. S. dieser Gesetzesbestimmung, sondern auf Rückübertragung einer Forderung gerichtet sei. Die Hypothekenurkunde sei nicht ein derartiger Gegenstand, nicht selbständiger Träger von Rechten oder Verbindlichkeiten. Dieser Begr. des Angriffs kann nicht beigetreten werden. Schon der Wortlaut des § 273 Abs. 2 BGB. spricht gegen eine Beschränkung auf Sachen i. S. des § 90 BGB. Dort sind als Sachen nur „körperliche“ Gegenstände bezeichnet. Der Begriff des „Gegenstandes“ ist also ein weiterer. Er umfaßt auch Rechte. Auch Grundschuldbriefe und Hypothekenbriefe gehören dazu. Auch der Zweck des § 273 Abs. 2 BGB. steht dieser Auffassung nicht entgegen (vgl. RG. 62, 321; JW. 1907, 477; Staudinger, I 2 a β zu § 273; RGRKomm., A 2 zu § 273).

Die Anwendung des § 273 Abs. 2 BGB. scheidet aber

Zu 4. 1. Wenn das RG. seinen bekannten Standpunkt in bezug auf die Konnexität nach § 273 BGB. aufrechterhält, wonach es dabei nur auf einen natürlich-wirtschaftl. Zusammenhang zwischen Anspruch und Gegenanspruch ankommt, so will und kann ich dem nicht widersprechen; ich habe mich bereits in meinem Komm. zu § 273 Ziff. 2 b wesentlich gleichartig geäußert. Aber nicht beifallswert scheint mir die mehr theoretische Erwägung des Erkenntnisses, wonach das ZBR. im Grunde nur ein Anwendungsfall der vielberufenen Arglisteinrede sein soll. Mit einer Arglist des vielleicht entschuldbar über die Gegenforderung oder ihre Konnexität irrenden Kl., überhaupt mit einem irgendwie subjektiv schuldhaften Benehmen desselben hat das ZBR. nicht das mindeste zu tun, seine Voraussetzungen sind nach Wortlaut und Sinn des § 273 rein objektiv. Man sollte in solchen Fällen, wie unlängst erst Fr. Leonhard in seinem Schuldrecht treffend und energisch fordert, mit den kränkenden Vorwürfen einer „Arglist“ oder eines „Verstoßes gegen Treu und Glauben“ sehr viel zurückhaltender sein, als es unsere manchmal reichlich sentimentale Rspr. für gut befindet.

2. Im übrigen verdient das Erkenntnis Zustimmung. So zunächst in der Darlegung, daß die Einschränkung des ZBR. am Schluß von § 273 Abs. 2 nur für dessen besonderen Tatbestand, nicht auch für das ZBR. im allg. gilt. Andererseits kann dieses gegenüber Ansprüchen aus vorsätzlich unerlaubter Handlung nach dem entspr. anwendbaren § 393 dann ausgeschlossen sein, wenn es im Ergebnis, der Aufrechnung gleich, zur dauernden Ausschaltung des Klageanspruches führen, aus einem dilatorischen zu einem peremtorischen Verteidigungsmittel werden würde. Wie das für den Fall einer Zurückbehaltung gegenüber unpfändbaren Lohnansprüchen aus § 394 bekanntlich längst durchgedrungen ist, muß es auch für den Fall des § 393 entspr. gelten. Aber auch hier

aus einem anderen Grunde aus. Nach der Rspr. des RG., von der abzuweichen kein Anlaß besteht, hat Abs. 2 des § 273 BGB. nur die Bedeutung einer Sonderregelung für die dort bezeichneten Gegenansprüche des zur Herausgabe eines Gegenstandes Verpflichteten, nämlich für Ansprüche aus Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines dem Verpflichteten durch den Gegenstand verursachten Schadens. Der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechtes desjenigen, der den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat, gilt nur für diese in Abs. 2 genannten Ansprüche, nicht für andere Ansprüche, insbes. nicht für solche, die auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen. Der auf unerlaubter Handlung beruhende Erwerb des Gegenstandes steht also der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes nicht grundsätzlich entgegen, wenn es sich um andere als die in Abs. 2 genannten Ansprüche handelt. Im letzteren Falle hängt die Entsch. davon ab, ob Konnexität der Ansprüche i. S. des Abs. 1 besteht (vgl. RGUrt. v. 8. Jan. 1909, VII 147/08[1]): Warn. 1912 Nr. 192; Urt. v. 20. Dez. 1918, VII 274/18: Warn. 1919 Nr. 27, JW. 1919, 242). Es ist auch nach § 273 Abs. 1 BGB. für die Annahme, daß Anspruch und Gegenanspruch auf demselben rechtlichen Verhältnis „beruhen", nicht erforderlich, daß sie aus einem einheitlichen Rechtsgeschäft entspringen. Es genügt vielmehr, daß sie aus Rechtsgeschäften oder Rechtsverhältnissen hervorgegangen sind, die in einem natürlichen wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, der es gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen läßt, wenn der eine Anspruch ohne Rücksicht auf den anderen geltend gemacht wird (vgl. RG. 57, 1; 59, 202; 68, 32[2]); 72, 101[3]); 78, 334[4]); 83, 268[5]); ferner RG.: JW. 1925, 2232). Demgemäß hat die Rspr. ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 auch anerkannt, wenn Anspruch und Gegenanspruch sich aus der Nichtigkeit eines Vertrages ergeben. Die Grenzen, innerhalb deren ein die Einrede begründender Zusammenhang besteht, bestimmen sich nach dem Wesen dieser Einrede, die einen Anwendungsfall der Arglisteinrede darstellt. Wie in RG. 57, 6 im Anschluß an die Motive zu § 273 (§ 233 Entw.), die wieder auf RG. 14, 234 verweisen, ausgeführt ist, kommt es also darauf an, ob die Loslösung des Gegenanspruchs aus seinem natürlichen Zusammenhang mit dem Klageanspruch gegen Treu und Glauben verstößt. Dabei soll der Richter, ohne an besondere Richtlinien des Gesetzgebers gebunden zu sein, auf Grund des erwähnten Prinzips im Einzelfalle prüfen, ob es gegen Treu und Glauben verstößt, daß der eine Teil eine Leistung verlangt ohne gleichzeitig die Gegenleistung zu bewirken. Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so muß anerkannt werden, daß ein natürlicher wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen dem Herausgabeanspruch des Kl. und dem Schadensersatzanspruch der Bekl. besteht. Beide Ansprüche haben ihren Ursprung in der Tatsache, daß zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen ist, der den Kl. zur Abtretung einer Hypothekenforderung und Herausgabe des Hypothekenbriefes verpflichtete sowie in der damit zusammenhängenden Tatsache, daß der Vertrag sich als nichtig erwies, weil die vom Kl. erklärte Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch die Bekl. begründet war. Das Vorgehen des Kl., durch das er sich im Wege der Selbsthilfe zu befriedigen suchte, diente der Verwirklichung seiner sich aus der Anfechtung ergebenden Ansprüche. Die durch die Selbsthilfe etwa entstandenen Schadensersatzansprüche der Bekl. stehen also in so engem Zusammenhang mit dem Vertragsschluß und der Vertragsanfechtung, daß es, wenn nicht besondere bisher nicht festgestellte Umstände entgegenstehen, gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der Kl. Erfüllung seines Anspruchs verlangen würde, ohne gleichzeitig die Gegenansprüche der Bekl., aus unerlaubter Selbsthilfe, zu befriedigen.

Der Einrede des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 Abs. 1 BGB. steht auch nicht der Einwand des Kl. entgegen, daß es sich in Wirklichkeit um eine Aufrechnung handle und daß die Aufrechnung unzulässig sei, weil der Anspruch des Kl. auf eine unerlaubte Handlung der Bekl. gestützt sei. Es ist zwar nach den Feststellungen des BG. davon auszugehen, daß der Anspruch des Kl. auf einer von den Bekl. begangenen unerlaubten Handlung i. S. des § 826 BGB. beruht. Gegenüber einem solchen Anspruch wäre die Aufrechnung auch dann nicht zulässig, wenn auch der Gegenanspruch auf eine unerlaubte Handlung zurückzuführen wäre. Es ist dem Kl. auch darin beizutreten, daß bei beiderseits fälligen Geldforderungen die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes in der Regel in Wahrheit die Erklärung der Aufrechnung bedeutet (RG. 83, 140; 85, 110). Hier handelt es sich aber nicht um Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind und deshalb nach § 387 BGB. der Aufrechnung fähig sind. Der Kl. fordert in erster Linie Herausgabe des Hypothekenbriefs und Rückabtretung der Hypothekenforderung und nur, wenn diese Leistungen nicht erfolgen, Zahlung einer Geldsumme als Schadensersatz. Solange er den Hauptanspruch aufrechterhält, kann eine Aufrechnung nicht erfolgen. Aber auch auf seiten der Bekl. wird nicht nur die Zahlung von Geld, sondern auch die Herausgabe von Gegenständen anderer Art, als der verlangten, nämlich von Schuhen, begehrt.

(U. v. 16. Okt. 1931; 31/31 II. — Naumburg.) [Ku.]

---

nur unter der eben entwickelten Beschränkung; die Annahme einer schlechthinnigen Immunität jener Deliktsansprüche gegen jedwede Zurückbehaltung hätte weder innere noch äußere Gründe für sich. Und daß in unserem Fall die ZBH. nicht jene aufrechnungsgleiche Wirkung habe, führt das RG. überzeugend aus. Es bleibt daneben übrigens sehr fraglich, ob die arglistige Täuschung i. S. des § 123 (Anfechtbarkeit) unter allen Umständen auch als vorsätzlich unerlaubte Handlung zu gelten habe, wie das RG. anscheinend annimmt (gem. § 826).

Geh. JR. Prof. Dr. Paul Oertmann, Göttingen.

[1]) JW. 1909, 133[5]. [2]) JW. 1908, 236[8]. [3]) JW. 1909, 726[22]. [4]) JW. 1912, 527. [5]) JW. 1914, 150.

5. §§ 823 ff. BGB. **Ein Kaufmann, der sich gegen den von einem anderen veranlaßten Schein, als habe er für die Verpflichtungen des Anderen eine Garantie übernommen, trotz Kenntnis dieser Sache nicht ausdrücklich wehrt, vielmehr die täuschende Wirkung bewußt fortbestehen läßt, tritt dadurch zu der getäuschten Person nicht in ein Vertragsverhältnis. In solchen Fällen kommt nur der Tatbestand einer unerlaubten Handlung in Betracht. Besondere Umstände können die Rechtspflicht zu einem aufklärenden Eingreifen begründen.**

Durch Vertrag v. 21. April 1925 verpflichtete sich der Konservenfabrikant S. an die Bekl. den Ertrag von etwa 5000 Morgen = 900 000 Ztr. Zuckerrüben zu liefern, die er von seinen bisherigen Lieferanten, den Rübenbauern der Umgegend von Jülich, aufzukaufen gedachte; auf den vereinbarten Kaufpreis erhielt er alsbald einen vertraglich vereinbarten Vorschuß von 180 000 fl., weshalb die Bekl. berechtigt sein sollte, von dem in Zucker oder dessen Erlös zu zahlenden Kaufpreis soviel zurückzubehalten, als zur Abdeckung des Vorschusses nötig sei. Wegen der entstehenden Abschluß- bzw. Lieferungsschwierigkeiten der zum Teil wegen ihrer vorjährigen Rübenlieferungen noch nicht bezahlten Bauern, veranlaßte S. die Bekl. zu einem Abkommen vom 30. Sept. 1925. Danach stellte S. den Gesamterlös aus dem ihm nach dem Vertrag v. 21. April 1925 zukommenden Zucker als Sicherheit für die Rübenlieferungen zur Verfügung, während die Bekl. sich verpflichtete, diesen Erlös beim Barmer Bankverein einzuzahlen. Im Anschluß daran verpflichtete der Bankverein sich, die eingehenden Gelder auf Separatkonto zu buchen und nur an die durch Scheck von S. und Duplikatfrachtbrief ausgewiesenen Rübenlieferanten auszuzahlen. Darauf forderte S. in zwei Zeitungsanzeigen v. 29. Sept. und 2. Okt. 1925 zur Lieferung von Rüben für die Ausfuhr nach Holland öffentlich auf; dabei war gesagt, daß der volle Rübenpreis bis zu 1,80 RM je Zentner vertraglich sichergestellt sei und daß Bezahlung sofort nach Ablieferung erfolge. Als Unterschrift waren mit dem Bemerken „Nähere Auskunft erteilen": die Firmen des S. u. der Bekl. beigefügt.

Am 19. Okt. 1925 erschienen nun bei S., der von seinen vorjährigen Rübenlieferanten wegen Bezahlung bedrängt wurde, dazu aber aus eigenen Mitteln nicht imstande war, auf Anweisung der Amsterdamer Zentrale der Bekl., an die S. sich um Hilfe gewandt hatte, der Filialleiter B. und dessen Buchhalter Bo. Sie trafen dort eine große Anzahl auf Zahlung wartender Rübenlieferanten und zahlten an diese direkt, an andere Lieferanten durch die Post ins-

gesamt 50 000 RM rückständige Rübengelder aus. Zu den Anwesenden gehörten die Kl. nicht; sie waren aber auch nicht ohne weiteres bereit, im Oktober 1925 Rüben an S. zur Weitergabe an die Bekl. zu liefern.

Die Kl. behaupten nun, daß die beiden Abgesandten der Bekl. am 19. Okt. 1925 den bei S. erschienenen Rübenlieferanten auf deren Frage über die Bezahlung der Rüben aus der Ernte 1925 wiederholt und ausdrücklich erklärt hätten, die Landwirte könnten ruhig liefern, die Zahlungen seien beim Barmer Bankverein sichergestellt, die Bekl. garantiere dafür. Daraufhin haben die Kl. neben einer größeren Zahl anderer Rübenlieferanten sich entschlossen, an S. zu liefern. Sie haben dann gegen die Bekl. und gegen (den dann auch verurteilten) S. Klage auf Zahlung erhoben und sie sowohl auf Vertrag, wie auf unerlaubte Handlung gestützt. Das BG. wies die Klage ab. Die Rev. führte zur Aufhebung.

Das OLG. hat eine vertragliche Haftung der Bekl. abgelehnt, weil diese weder zu den Kl. noch zu den anderen Rübenlieferanten des S. in irgendein vertragliches Verhältnis getreten sei, insbes. auch für die Erfüllung der Kaufpreisverpflichtungen des S. keine Garantie übernommen habe.

Vergeblich versucht die Rev. diese Schlußfolgerung aus dem festgestellten Sachverhalt als rechtsirrig nachzuweisen; ein Rechtsirrtum ist nirgends ersichtlich. Es ist nicht richtig, daß ein Kaufmann, der sich gegen den von einem Anderen veranlaßten Schein, als habe er für die Verpflichtungen des Anderen eine Garantie übernommen, trotz Kenntnis dieser Sachlage nicht ausdrücklich wehrt, vielmehr die täuschende Wirkung bewußt fortbestehen läßt, dadurch zu der getäuschten Person in ein Vertragsverhältnis tritt. Die in der Rspr. entwickelten Grundsätze über die Vermutung einer Vollmacht bei kaufmännischen Angelegenheiten können auf Fälle dieser Art keine Anwendung finden, zumal wenn es sich, wie im vorliegenden Falle, um völlig selbständige Kaufleute handelt und unbedenklich festgestellt ist, daß S. selbständig einerseits mit der Bekl., andererseits mit den Kl. und den übrigen Rübenlieferanten Verträge abgeschlossen hat, so daß er auch als Vertreter der Bekl. gar nicht in Betracht kam. In solchen Fällen kommt nur der Tatbestand einer unerlaubten Handlung in Frage.

Es ist deshalb hier nicht erheblich, ob die Bekl. vor dem 20. Okt. 1925 die Anzeigen des S. in den Zeitungen, die unstreitig ohne ihr Wissen veröffentlicht waren, gekannt hat. Denn daraus, daß die Bekl. trotz solcher Kenntnis nichts getan hat, um die Rübenlieferanten aufzuklären, daß sie sogar durch ihre Angestellten die Landwirte noch aufgefordert hat, nun aber an S. zu liefern, folgt die Begründung einer selbständigen vertraglichen Verpflichtung nicht. Die Rev. verkennt, daß die Anzeigen nicht von der Bekl. ausgingen, daß sie die Firma der Bekl. auch nur als Auskunftsstelle angaben und daß sie schließlich auf die Verträge der Parteien, also auch auf den Vertrag v. 21. April 1925 verwiesen und deren Einsicht anheimstellten. Dann erscheint es nicht rechtsirrtümlich, wenn das BG. zu dem Schluß gelangt, daß ein Garantievertrag durch das Verhalten der Bekl. nicht zustande gekommen ist. Nicht darauf, wie die Kl. und die anderen Lieferanten zunächst die Zeitungsanzeige verstanden haben und verstehen konnten, kommt es an, sondern darauf, ob das Verhalten der Bekl. selbst ihnen die Überzeugung geben mußte, daß die Bekl. eine Garantie für die sofortige Bezahlung der gelieferten Rüben übernehmen wolle.

Es ist auch nicht zu beanstanden, wenn das BG. annimmt, es sei auch durch das Verhalten von B. am 19. Okt. 1925 ein Garantieversprechen gegenüber den Rübenlieferanten nicht abgegeben worden. Ob B. als dazu von der Bekl. ermächtigt angesehen werden könnte, kann dahingestellt bleiben. Denn das OLG. stellt auf Grund der Beweisaufnahme rein tatsächlich fest, daß solche Zusicherungen nicht unbedingt gegeben sind. Eine Nachprüfung dieser Beweiswürdigung ist in der RevInst. unzulässig.

Rechtsirrig ist dagegen die Annahme des BG., daß durch die tatsächlichen Feststellungen nicht nur ein vertraglicher Anspruch, sondern auch der Tatbestand einer unerlaubten Handlung ausgeräumt sei. Das OLG. hat nur die Vorgänge im einzelnen betrachtet und hat dabei nicht genügend beachtet, daß nur bei einheitlicher Betrachtung der gesamten Vorgänge ein klares Bild darüber zu gewinnen ist, ob die Bekl. nicht doch sich eines Verstoßes gegen § 826 BGB. schuldig gemacht hat. Die Bekl. wußte durch das Schreiben des S. v. 30. Sept. 1925 und den ihr gleichzeitig vorgelegten Vertrag vom selben Tage ganz genau, daß die Rübenlieferanten zu S. ebensowenig Vertrauen hatten, wie die Bekl. selbst und daß die Lieferanten zur Lieferung nur bereit waren, wenn ihnen in irgendeiner Weise Sicherung für ihr Kaufgeld verschafft wurde. Die Bekl. mußte sich daher von vornherein auch fragen, inwieweit der genannte Vertrag den Rübenlieferanten eine Sicherheit geben könnte. Es ist nicht anzunehmen, daß die maßgeblichen Persönlichkeiten im Betriebe der Bekl. sich diese Frage nicht vorgelegt hätten und daß sie sich dabei nicht auch eine Berechnung aufgestellt hätten, ob das von den Rübenlieferanten gewünschte Ziel auf diesem Wege zu erreichen war. Die Bekl. wußte genau, daß sie bereits 180 000 fl. an S. vorschußweise bezahlt hatte. Nach der übereinstimmenden Darstellung beider Parteien rechnete sie auch keineswegs damit, daß S. dieses Geld etwa den Lieferanten als Anzahlung gegeben hätte. Sie konnte also nur damit rechnen, daß die nach Abzug des Vorschusses verbleibende Gegenleistung, umgesetzt in bares Geld, für die Bezahlung der Rübenlieferanten in Betracht kam. Sie wußte auch ferner, daß von diesem Betrage noch ganz erhebliche Rübentransportkosten vorweg abzuziehen waren. Dann ist aber die Annahme des BG. nicht richtig, daß bei vollständiger Erfüllung der Rübenlieferungsverträge die von der Bekl. an S. zu zahlenden Summen fast vollständig zur Befriedigung der Lieferanten ausgereicht hätten. Diese Annahme entbehrt jeder tatsächlichen Unterlage und hat offenbar die Grundauffassung des OLG. auch in der Meinung beeinflußt, daß es davon ausgeht, auch die Bekl. habe annehmen können, der an S. zu bezahlende und beim Barmer Bankverein sicherzustellende Betrag werde „fast vollständig" die Forderungen der Rübenlieferanten decken. Zu einer solchen Annahme hätte eine vom BG. richtig aufgestellte Rechnung nicht führen können, wie die Rev. mit Recht dargelegt hat. Es kommt aber hinzu, daß die Kl. Beweis dafür angetreten hatten, der Bekl. seien noch vor dem 20. Okt. 1925 die Zeitungsanzeigen bekannt geworden, die S. am 29. Sept. 1925 und am 2. Okt. 1925 veröffentlicht hatte. In diesen Bekanntmachungen war einerseits die sofortige Bezahlung der Rüben nach der Ablieferung, andererseits die vertragliche Sicherstellung des vollen Rübenpreises unter Hinweis auf amtlich beglaubigte Urkunden zugesichert. Wenn die Bekl. von diesen Anzeigen erfuhr und nichts dagegen unternahm, den zweifellos unrichtigen Inhalt den Beteiligten gegenüber klarzustellen, so versäumte sie damit eine Rechtspflicht, um so mehr, als ihr dann auch bekannt sein mußte, daß ihre Firma in einer Weise unter die Anzeigen gesetzt war, daß mindestens in den beteiligten Kreisen der Landwirte der Glauben aufkommen mußte, die Bekl. wolle die Angabe über die Sicherstellung des vollen Rübenpreises decken. Das wäre nur dann nicht anzunehmen, wenn die Bekl. die Gewißheit hätte haben können, daß die Rübenlieferanten sich über den Umfang der Sicherstellung ihrer Kaufpreisforderung klar gewesen seien, insbes. auch gewußt hätten, daß S. bereits einen Vorschuß von 180 000 fl. empfangen habe und seinerseits Zahlungen überhaupt nur nach Maßgabe des Vertrages v. 21. April 1925 zu erwarten habe. Das ist aber nicht der Fall. S. hat tatsächlich den landwirtschaftlichen Verbänden gemäß seinen Zeitungsanzeigen nur das Abkommen mit der Bekl. v. 30. Sept. 1925 und die Vereinbarung mit dem Barmer Bankverein abschriftlich zugänglich gemacht, nicht aber den Vertrag v. 21. April 1925. Dieser Vertrag war zwar in dem zugänglich gemachten Abkommen zwischen S. und der Bekl. angeführt und ein gewandter Kaufmann würde von S. offenbar die Vorlegung dieses Vertrages auch verlangt haben. Die Bekl. wußte aber genau so gut wie S., daß man es mit einfachen Landwirten zu tun hatte und sie mußte damit rechnen, daß diese sich — wie es tatsächlich auch geschehen ist — mit den vorgelegten Urkunden begnügen würden. Sie konnte besonders aus den begleitenden Umständen entnehmen, daß die Rübenlieferanten aus den vorgelegten Verträgen nicht volle Klarheit über das Maß der wirklich beabsichtigten Sicherheit erlangen würden. Das ergibt sich daraus ohne weiteres, daß verschiedene Lieferanten, darunter der Gutsbesitzer B., Kl. im Parallel-

prozeß, sich an die Bekl. noch ausdrücklich um Auskunft wandten, weil ihnen die in Aussicht gestellte Sicherheitsleistung unklar erschien. Diese Anfragen zeigten deutlich, daß die Rübenlieferanten eine eindeutige Sicherstellung ihrer Kaufpreisforderungen wünschten und nur dann zur Lieferung bereit waren. Mindestens in diesem Zeitpunkt war die Bekl. verpflichtet, den Lieferanten klaren Wein einzuschenken und die irrigen Folgerungen aus den Zeitungsanzeigen und den daraufhin vorgelegten Abkommen richtigzustellen, sofern die Bekl. nicht mit Sicherheit annehmen konnte, daß alle vertraglichen Abmachungen den Lieferanten auch tatsächlich bekannt seien. Bevor man zu einer Verneinung sittenwidrigen Verschweigens wesentlicher Umstände kommen kann, hätte also klargestellt werden müssen, auf Grund welcher Tatsachen die Bekl. zu der Annahme kommen konnte, der Vertrag vom 21. April 1925 sei den Lieferanten bekannt.

Es kommt deshalb gar nicht so sehr auf das Verhalten der am 19. Okt. 1925 nach Kohlscheid gesandten Angestellten der Bekl. an, obwohl auch dieses wieder geeignet ist, das Verhalten der Bekl. als mit den guten Sitten des kaufmännischen Verkehrs unvereinbar erscheinen zu lassen. Die beiden Angestellten B. und Bo. waren allerdings nur nach Kohlscheid geschickt, um S. einen weiteren Vorschuß von 50000 *RM* zur Bezahlung rückständiger Rübenlieferungen aus dem Jahre 1924 zu bringen. Das geschah aber im eigensten Interesse der Bekl., weil nur dann mit einer Lieferung für die beginnende Rübenkampagne zu rechnen war. Wie schon dargelegt, wußte die Bekl. aber auch, daß damit allein den Lieferanten nicht gedient war, daß sie wegen der schlechten Erfahrungen aus dem vorigen Jahr auf Sicherstellung ihrer künftigen Kaufpreisforderungen bestehen würden. Dann mußte die Bekl. aber dafür sorgen, daß ihre Angestellten über die den Rübenlieferanten abzugebenden Erklärungen genau unterrichtet waren. Die Bekl. mußte deshalb diese Angestellten derart belehren, daß sie hinsichtlich der Sicherstellung der künftigen Kaufpreisforderungen entweder gar keine oder nur völlig unmißverständliche und richtige Angaben machten. Die Bekl. kann sich deshalb nicht damit entschuldigen, daß sie sich auf die Unverbindlichkeit der von B. abgegebenen Erklärungen beruft, weil dieser unstreitig nicht berechtigt ist, die Bekl. zu vertreten. Mögen die von B. abgegebenen Erklärungen auch nicht für die Bekl. verbindlich sein, so kommt auf Grund der ganzen verwickelten Sachlage in erster Linie in Betracht, daß die Bekl. mit einer Befragung ihrer Angestellten über die Sicherstellung der Rübenkaufpreisforderungen rechnen mußte und daß sie nach Lage der ganzen Verhältnisse ganz offensichtlich auch damit gerechnet hat. Das ganze Verhalten der Bekl. bis zum 20. Okt. 1925 legt daher den Verdacht sehr nahe, daß die Bekl. bewußt bei den Rübenlieferanten einen durch S. erregten Irrtum aufrechterhalten wollte und daß sie sich darüber nicht im Zweifel war, daß hierdurch den Kl. und den anderen Lieferanten ein Vermögensschaden entstehen werde. Denn der Bekl. war — mindestens wenn man die Behauptung des Kl. über die Kenntnis der Bekl. von der Annonce des S. unterstellt — die Unzuverlässigkeit des S. bekannt. Ferner war ihr bekannt, daß S. zur Bezahlung der Lieferanten für die künftigen Rübenlieferungen kein Geld besaß, weil er ja aus Rückständen für 1924 noch 50000 *RM* schuldete, die er nur mit Hilfe weiterer Vorschüsse der Bekl. bezahlen konnte. Unterstellt man also das tatsächliche Vorbringen der Kl., soweit dessen Unrichtigkeit vom OLG. nicht festgestellt ist, so liegt sehr nahe, daß der Bekl. ein Verstoß gegen § 826 BGB. bei einem Handeln mit bedingtem Vorsatz oder auch ein Verstoß gegen § 823 Abs. 2 BGB. bei Annahme eines Betrugs auf Seiten des S. zur Last gelegt werden müßten. Es ist deshalb erforderlich, daß unter den angegebenen Gesichtspunkten der gesamte Tatbestand noch einmal vom OLG. geprüft und daß die streitigen Behauptungen — notfalls durch Beweisaufnahme — klargestellt werden. Dabei muß auch in Erwägung gezogen werden, ob nicht etwa für die Bekl. aus den Erklärungen des B. am 19. Okt. 1925 eine Haftung nach § 831 BGB. in Betracht kommt. Denn es wäre möglich, daß bei der erneuten Prüfung das OLG. zu der Überzeugung kommt, daß B. nicht nur zur Bezahlung der rückständigen Rübenpreise, sondern auch zur Abgabe aller derjenigen Erklärungen ermächtigt war, die erforderlich waren, um die Rübenlieferanten zur Lieferung neuer Rüben zu veranlassen. Auch in dieser Richtung reichen die bisherigen Feststellungen des BG. nicht aus. Dagegen besteht kein Zweifel, daß S. nicht als Beauftragter oder Bevollmächtigter der Bekl. bei Abschluß der neuen Rübenlieferungsverträge angesehen werden kann. Wenn also die Bekl. auch hinsichtlich unrichtiger Auskünfte des S. nicht aus § 831 BGB. in Anspruch genommen werden kann, so gilt doch nicht das gleiche hinsichtlich der von B. abgegebenen Erklärungen. Auch aus diesem Grunde muß das Urteil aufgehoben werden.

(U. v. 10. Mai 1931; 64/31 IX. — Köln.) [H.]

**6. 1. § 826 BGB. Zur Frage der Kredittäuschung.

2. §§ 398 ff. BGB. Die Sicherung des Darlehnsgebers ist auch in der Form zulässig, daß die Außenstände des Schuldners an den Gläubiger des Darlehnsgebers abgetreten werden. Die Wirksamkeit des Abtretungsvertrags wird nicht dadurch berührt, daß der Schuldner und unter gewissen Umständen ein Dritter (hier der Darlehnsgeber) zur Einziehung der abgetretenen Forderungen ermächtigt ist.†)

I. Die Rev. bittet um Nachprüfung, ob nicht die Abtretungen und Sicherungsübereignungen des Gemeinschuldners an die Kreditanstalt für Verkehrsmittel AktG. als Kredittäuschungsverträge nichtig sind. Da die Übertragung der Rechte nach außen verdeckt blieb, sei der Gemeinschuldner seinen Warengläubigern nach wie vor als kreditfähig erschienen, während er in Wirklichkeit nahezu aller greifbaren Vermögensstücke beraubt gewesen sei. Die Kl. habe diesen Erfolg ihrer Kreditsicherung aus dem Umfange des in Anspruch genommenen Kredits erkennen müssen. Sei ihr dies nicht zum Bewußtsein gekommen, so habe sie grob fahrlässig gehandelt, wobei zu ihren Lasten zu berücksichtigen sei, daß sie nach ihrer Satzung und nach der Feststellung des BG. gewerbsmäßig Kredit namentlich an Abzahlungsgeschäfte gewähre, also die Rechtspflicht habe, sich über alle Umstände, die bei ihrer Kreditgewährung rechtserheblich sind, sorgfältig Gewißheit zu verschaffen (RG. 127, 337[1]); RG.: JW. 1929, 3149[1]). Unter diesem Gesichtspunkte sei auch das unter Beweis gestellte Vorbringen des Bekl. erheblich, daß der Gemeinschuldner ohne die Diskontierung seiner Außenstände spätestens im Sommer 1928 seinen Verpflichtungen nicht mehr nachgekommen wäre und daß ihm die Fortführung seines Geschäfts nur durch die Kreditgewährung zweier Kreditgesellschaften möglich gewesen ist, denen fast die gesamten Außenstände abgetreten worden sind.

Die hier geäußerten rechtlichen Bedenken gegen das BU.

Zu 6. I. Das für die rechtl. Ausgestaltung unseres Kreditwesens wichtige Urt. ist schon darum zu begrüßen, weil es gegenüber mannigfach, z. B. von Hoeniger in seinem an sich vortreffl. Buch „Die Diskontierung von Buchforderungen", 1911, geäußerten Bedenken und Angriffen die volks- und privatwirtschaftl. Wichtigkeit dieser Kreditsicherung in unserer kredithungrigen und kreditbedürftigen Zeit betont. Das aus Österreich zu uns herübergekommene Geschäft hat im Verkehr zwischen Genossenschaften und ihren Mitgliedern sowie zwischen Großbanken und sonstigen Geldgebern und ihren Kunden einen sehr viel größeren Umfang angenommen, als es z. B. in dem bekannten Werk von Obst, Geld-, Bank- und Börsenwesen (27. Aufl. 1930) S. 243 f., dargestellt wird, und ist jüngstens in seiner wirtschaftl. Bedeutung von Michaelis im HWB. d. RW. II, 67 f. ganz unserem Urt. entspr. gewürdigt worden. Das Geschäft erfüllt heute auch bei uns für den kaufmännischen Kredit eine ebenso wichtige Aufgabe, wie die Sicherungsübereignung von Fahrnis. Wie diese dem Kreditnehmer auf dem Weg des Konstituts den Besitz beläßt und damit die Erfüllung der strengen Voraussetzungen des § 1205 umgeht, ermöglicht die Diskontierung von Buchforderungen eine Sicherstellung des Geldgebers durch fiduziarische Zession der Außenstände des kreditnehmenden Kaufmanns, ohne daß dessen Kunden, die Drittschuldner, wie es zu einer Verpfändung nach § 1280 BGB. nötig wäre, zunächst von dieser darum sogenannten „stillen" Zession etwas erfahren und dadurch etwa das Vertrauen zu ihrem Lieferanten verlieren. Aber ebenso wie das RG. bei der Sicherungsübereignung gerade wegen seiner geringeren Offenkundigkeit auf die Einhaltung der Bedingungen der Übereignung (Ernstlichkeit, Individualisierung, konkretes Konstitut usw.) das größte Gewicht legt, muß auch bei der

[1]) JW. 1930, 2298.

sind unbegründet. Mit Recht nimmt das BG. an, daß das System der Kreditgewährung der Kl., so wie es in den „Richtlinien“ zum Ausdruck kommt, nicht gegen die guten Sitten verstößt. Die sog. Diskontierung von Buchforderungen entspricht bei dem heutigen Mangel an Betriebskapital, der Schwierigkeit der Beschaffung von solchem, und bei dem durch die wirtschaftliche Notlage weiter Kreise gebotenen Zwange, die nötigsten Gebrauchsgegenstände in Form des Abzahlungsgeschäftes zu erwerben, einem dringenden Wirtschaftsbedürfnis. Sie ermöglicht es, die durch die Kreditgewährung an die Konsumenten festgelegten Vermögenswerte beweglich zu machen und dadurch die Fortführung des Gewerbebetriebs des Verkäufers zu erleichtern. Sie kommt auch seinen Lieferanten zugute, da er dadurch in die Lage versetzt wird, die von ihm auf Kredit gekauften Waren zu bezahlen oder neue Abschlüsse zu machen. Auch die Art, wie nach den Richtlinien die Kreditgewährung erfolgt, verstößt nicht gegen die Anschauungen aller billig und gerecht Denkenden, insbes. auch nicht des redlichen Geschäftsverkehrs. Der dem Genossen gewährte Kredit richtet sich nach der Höhe der von ihm durch Abtretung seiner Außenstände gewährten Sicherheit. Es steht im freien Ermessen des Kreditnehmers, wieviel von seinen Forderungen er abtreten will, um den sich danach ergebenden Kredit zu erlangen. Für jede einzelne Abtretung erhält er die Gegenleistung durch Auszahlung des ihr entsprechenden Darlehnsbetrages. Er kann die Kaufpreise aus den abgetretenen Forderungen selbst einziehen, ohne daß das Geld Eigentum der Kreditgeberin wird, er kann neue Vereinbarungen mit den Kunden treffen, die abgetretenen Forderungen durch andere ersetzen. Seine Hauptverpflichtung geht nur dahin, die akzeptierten Wechsel einzulösen. Er ist also keineswegs an Händen und Füßen gebunden; insbes. kann er über sein Warenlager frei verfügen, mit Lieferanten Verträge abschließen und ihnen zur Sicherheit andere Forderungen abtreten. Nach besonderer Bestimmung der Richtlinien darf er allerdings ähnliche Kreditgeschäfte mit anderen Kreditgebern nur mit Zustimmung der Diskontvereinigung eingehen. Auch diese Bestimmung verstößt nicht gegen die guten Sitten. Sie soll zwar der Sicherung der Kl. dienen, verhindert aber auch daß der Schuldner nach allen Richtungen festgelegt wird und nur nach außen hin als selbständiger Geschäftsmann erscheint. Danach kann bei der regelmäßigen Kreditgewährung nach den Richtlinien nicht davon gesprochen werden, daß die zwischen Kreditgeberin und Kreditnehmer geschlossenen Verträge gegen die guten Sitten verstoßen und deshalb nach § 138 BGB. nichtig sind. Aber auch nach den besonderen Umständen des vorliegenden Falles verstoßen die Verträge nicht gegen die guten Sitten, und der Vertragsschluß erfüllt auch nicht den Tatbestand einer unerlaubten Handlung i. S. der §§ 823, 826 BGB. Es sind nur die regelmäßigen Kreditverträge nach den Richtlinien abgeschlossen worden. Der Gemeinschuldner hat in nicht unerheblichen zeitlichen Zwischenräumen (Dez. 1927, April und Okt. 1928) jeweils einen Teil seiner Forderungen abgetreten, um dafür den ihnen entsprechenden Kredit zu erhalten. Es fehlt an einer tatsächlichen Unterlage und auch an einer entsprechenden Behauptung des Bekl. dafür, daß dem Gemeinschuldner durch die Verträge annähernd alle greifbaren Vermögensstücke durch Übereignung auf die kreditgebende Stelle entzogen worden sind. Es verblieben ihm noch das Warenlager und die nicht an die Bank abgetretenen Vermögensstücke. Es fehlt auch an jedem Anhaltspunkte dafür, daß der Schuldner und die Kl. wissentlich zusammengewirkt haben, um durch Verheimlichung der Übereignung Dritten die Kreditfähigkeit des Schuldners vorzutäuschen. Der in RG. 127, 337 [2]) festgestellte Sachverhalt ist also hier in keiner Weise gegeben. Auch der Umstand, daß der Gemeinschuldner seine weiteren Forderungen an eine andere Kreditanstalt abgetreten hat, um sich weiteren Kredit zu verschaffen, ändert an der Zulässigkeit der von der Kl. vorgenommenen Geschäfte nichts, um so weniger als der Bekl. weder behauptet hat, daß die Kl. von den weiteren Abtretungen Kenntnis hatte, noch angibt, wann letztere erfolgt sind und in welchem Verhältnis die abgetretenen Forderungen zu den sonstigen Vermögenswerten des Schuldners standen. Gewiß ist eine Kreditgewährung an

---

stillen Zession strengstens darauf geachtet werden, daß die Voraussetzungen einer ernsten Forderungsübertragung vor allem strenge Individualisierung zumal bei später erst in die Sicherheit eintretenden künftigen Ausständen erfüllt sind und nicht ein bloßer Scheintitel von den Parteien geschaffen wird, der nur nach außen zur Abwehr von Pfändungen Dritter Geltung haben soll (sehr gut Hoeniger a. a. O. S. 13; H. Lehmanns Gläubigerschutz 64). Ein solcher Mangel an ernstlichem Zessionswillen liegt insbes. dort nahe, wo die Parteien in ihrer Behandlung des zedierten Ausstands nach außen und nach innen die Zession völlig ignorieren, der zedierende Kreditnehmer nicht bloß die Ausstände in eigenem Namen einzieht, was er ja, solange er seine Pflichten gegen den Geldgeber erfüllt, insbes. seine Wechsel einlöst, auch soll, sondern auch jede Ablieferung und Verbuchung zugunsten des Zessionars unterläßt, ja, sogar, wie ich es in praktischer Gutachtertätigkeit auf diesem Gebiet erlebt habe, die Kundenakzepte, die zur Sicherheit für zedierte Ausstände gegeben waren, also der Zessionarin zustanden, bei dieser Zessionarin selbst diskontieren ließ, also ihr verkaufte, und ferner die zedierten Forderungen noch einmal ganz offen unter Angabe der geschehenen Erstzession „an zweiter Stelle“ einem anderen Gläubiger zedierte. Damit wird jede ernsthafte Zession, deren rechtl. Wesen nun einmal in einem Gläubigerwechsel besteht, mag ihre wirtschaftl. Aufgabe noch so sehr der des Pfands entsprechen, zur Farce, und man kann Urt., wie RG. 90, 248 f. = JW. 1917, 765 oder 92, 106 f., oder des KG. und des RG.: LZ. 1917, 340, die solche Scheinzessionen für nichtig erklären, nur beipflichten. Auch die bekannte Praxis des RG., die die bei stillen Zessionen ebenso wie bei Warenlagerübereignung durch Besitzkonstitut gegebene Gefahr einer Täuschung weiterer Kreditgeber durch Anwendung der §§ 138 und 826 BGB. bekämpft, wenn der Kreditnehmer nach Hingabe fast seines gesamten greifbaren Vermögens nur nach außen noch unter der Mitwirkung der durch ihn gesicherten Geldgeber den Schein wirtschaftl. Selbständigkeit aufrechterhält, ist durchaus zu begrüßen. Zu Recht aber hat der Gerichtshof in eingehender und zutreffender Erläuterung der Geschäftsbedingungen der klagenden Genossenschaft sowohl eine unsittliche Knebelung des Schuldners wie eine Kredittäuschung durch die streitigen Sicherungsgeschäfte verneint, die dem Zedenten nicht nur andere Ausstände, sondern auch noch sein gesamtes Warenlager beließen.

II. Ein noch größeres Interesse dürfen die Ausführungen des Urt. zur Frage beanspruchen, ob die vorl. Diskontierungsgeschäfte dem Zessionsbegriff der §§ 398 f. BGB. entsprechen. Zu Recht betont hier das Urt., daß es sich nach den maßgebenden unzweideutigen Parteierklärungen um vorbehaltlos erteilte unbedingte Zessionen handelt, deren sofortige Wirksamkeit nach § 398 BGB. nur des Vertrags zwischen Zedent und Zessionar, nicht der Anzeige an die Buchschuldner bedarf, und daß nichts im Wege steht, daß die Zession nicht unmittelbar an die Darlehnsgeberin des Zedenten, die Kl., sondern an deren Geldgeberin, die Kreditanstalt, geschah, auf welche Weise beide Kreditinstitute, die Diskontvereinigung gegenüber dem Zedenten, die Kreditanstalt gegenüber der Diskontvereinigung gesichert waren.

Es ist ferner auch zutreffend, daß dadurch, daß nach den Abreden, die abgetretenen Rechte von der Diskontvereinigung „verwaltet“ und, solange der Schuldner seinen Pflichten gegen letztere nachkommt, von diesem selbst beigetrieben werden sollen, nicht eine dreifache Spaltung dieser Forderungen eintritt, wie die Revision geltend macht. Denn indem die Zessionarin, die Kreditanstalt, den Zedenten beitreiben läßt, willigt sie ein nach §§ 185, 362 Abs. 2 BGB., daß dieser von den Buchschuldnern die ihr gebührenden Leistungen empfängt, wodurch diese, nicht bloß, solange sie die Zession nicht kennen, nach § 407, sondern auch noch nachher, was Hoeniger S. 15, 21 verkennt, auf Grund der Ermächtigung der Zessionarin als der alleinigen Gläubigerin befreit werden. Die Inkassomacht des Zedenten ist also nicht bloß, wie das RG. zutreffend gegen Hoeniger S. 16 f. ausführt, eine Reflexwirkung des Gutglaubensschutzes der Drittschuldner nach §§ 407, 408, sondern beruht auf der Einwilligung der berechtigten Gläubigerin gem. § 185 BGB. Diese Einwilligung aber hat zur causa den Auftrag der Kreditanstalt an die Ermächtigten die aus der „Verwaltung“ empfangenen Werte an den Träger der Geschäftsbesorgung, die Zessionarin, abzuliefern. Der Einwilligung liegt also ein Inkassoauftrag zugrunde, so daß die Empfänger, der Zedent und die Diskontvereinigung, nicht sowohl, wie das RG. hier noch, beeinflußt durch Hoeniger S. 24 f., annimmt, nach § 816 Abs. 2 BGB., sondern aus dem mit der Zessionarin geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag zur Herausgabe an diese gehalten sind. Nicht bloß eine fiduziarische Zession, was Hoeniger S. 17 allein erwägt, sondern auch eine Einwilligung ebenso schließlich wie eine Vollmacht des Gläubigers zur Annahme der ihm geschuldeten Leistung durch einen Dritten kann einen Einziehungsauftrag ermöglichen und in ihm ihre rechtsgültige causa finden. Dann ist das vom Einwilligungsempfänger zu Eigentum vom Schuldner Erworbene nicht als dessen kausalose Bereicherung, sondern aus dem Inkassoauftrag von ihm zu erstatten, ebenso wie aus der gleichen causa des Inkassozessionar herausgeben muß. Aber die Hauptsache ist: das RG. hat ganz recht, wenn es bei Begründung der Ermächtigung von seiten der Zessionarin nach § 185 BGB. eine Abspaltung von Teilen des Gläubigerrechts auf die Ermächtigten ver-

[2]) JW. 1930, 2298.

einen in Vermögenszerfall geratenen Schuldner nicht immer erwünscht, kann vielmehr auch zur Schädigung von Personen führen, die durch Aufrechthaltung des Betriebes veranlaßt werden, mit dem Schuldner in Geschäftsverbindung zu treten. Eine unerlaubte Handlung des Kreditgebenden wird aber in einer solchen Kreditgewährung nur ausnahmsweise gefunden werden können. Jedenfalls kann eine allgemeine Rechtspflicht gegenüber Dritten, sich vor Kreditgewährung über die Vermögenslage des Schuldners zu vergewissern, nicht anerkannt werden. Der Dritte, der seinerseits mit einem Geschäftsmann in Verbindung tritt, hat vielmehr die Pflicht, sich selbst über dessen Vermögenslage zu unterrichten. Er muß auch heute mit der Möglichkeit rechnen, daß der Kunde zum Zwecke der Kreditbeschaffung seine Außenstände ganz oder teilweise abgetreten hat. Dies gilt um so mehr, wenn er mit einem Abzahlungsgeschäft in Geschäftsverbindung tritt. Er muß sich dann vor Augen halten, daß kein solches Geschäft seinen Kunden langfristige Kredite geben kann, ohne sich durch Verwertung der Außenstände selbst wieder Betriebskapital zu verschaffen. Besondere Tatsachen, die der Kl. bekannt waren oder nur aus grober Fahrlässigkeit unbekannt blieben, und die die Kreditgewährung als einen Verstoß gegen die guten Sitten nach § 826 BGB. erscheinen ließen, sind nicht vorgebracht. Eine unerlaubte Handlung i. S. des § 823 BGB. kommt aber nicht in Betracht, da keines der dort geschützten Rechtsgüter verletzt ist.

II. Die Rev. behauptet weiter, die Abtretungen widersprächen dem Begriff der Übertragung der Forderung (§§ 398ff. BGB.) und seien nach § 306 BGB. nichtig.

1. Der Widerspruch gegen die gesetzlichen Vorschriften soll sich hauptsächlich daraus ergeben, daß nach den Richtlinien eine dreifache Spaltung des Forderungsrechts durch Übertragung sowohl an die Kreditanstalt wie an die Kl. und durch Belassung beim bisherigen Gläubiger (Genossen) vorgenommen werde. Eine solche Zerreißung des Rechtes sei unzulässig.

Dieser Angriff geht fehl. Eine Spaltung oder Zerreißung des Forderungsrechtes tritt überhaupt nicht ein.

Sowohl nach den Richtlinien wie nach dem Wortlaut der Erklärung, die der Darlehensnehmer unter Bezeichnung der abzutretenden Forderungen an die Kreditanstalt richtete, werden die Forderungen nur an die Kreditanstalt abgetreten. Die letztere Erklärung lautet: „Die Ansprüche (die im vorhergehenden Absatze bezeichnet sind), welche mir aus diesen Einzelkaufverträgen zustehen, trete ich hiermit an Sie ab. Das Eigentum an den verkauften Gegenständen, das ich mir vertraglich vorbehalten habe, geht gleichzeitig auf Sie über.“ Damit wird die Abtretung an die Kreditanstalt ohne Vorbehalt erklärt und damit zum Ausdruck gebracht, daß das Forderungsrecht in vollem Umfang auf die neue Gläubigerin übergehen soll.

Daß die Abtretung unmittelbar an die Kreditanstalt zulässig ist, wird auch von der Rev. nicht bezweifelt. Wenn auch die Diskontvereinigung im Verhältnis zu der abtretenden Firma die Darlehensgeberin war, so konnte doch vereinbart werden, daß die Abtretung an einen Dritten zu erfolgen habe. Es wurde dadurch der doppelte Zweck erreicht, einmal die Darlehensgeberin gegenüber dem Darlehensnehmer und sodann die Kreditanstalt für die Ansprüche zu sichern, die ihr durch die Bereitstellung der Mittel für die Darlehensgewährung gegen die Diskontvereinigung entstanden.

Eine Spaltung der Forderung tritt nun nicht dadurch ein, daß nach den Richtlinien die abgetretenen Rechte durch die Diskontvereinigung „verwaltet“ werden. Die Übertragung der Verwaltung bedeutet rechtlich nichts anderes als die Erteilung einer Einziehungsermächtigung i. S. des § 185 BGB. durch die neue Gläubigerin; d. h. letztere willigt darin ein, daß die Kl. in eigenem Namen für Rechnung der Kreditanstalt über die Forderung verfügt. Die rechtliche Möglichkeit einer derartigen Einziehungsermächtigung unterliegt keinem Bedenken. Wie der Senat in der Entsch. RG. 117 72[3]) unter Hinweis auf das Aktienrecht und das Schrifttum zu § 185 BGB. ausgeführt hat, drängt vielmehr die Entwicklung dazu, die Möglichkeit einer Übertragung der Legitimation zur Ausübung fremder Rechte anzuerkennen; so auch Heinrich

---

neint, denn die Einwilligung nach § 185 hat mit Zession, sei diese nun „Vollzession“ oder solche mit „schwächerer Wirkung“ (Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht S. 274), überhaupt nichts zu schaffen. Sie „setzt“, wie das Urt. zutreffend ausführt, „das Recht des Machtgebers voraus“. Aber auf diese Weise kommt man nicht weiter, als daß eine freiwillige Leistung der Drittschuldner an den Einwilligungsempfänger als den Nicht-Gläubiger befreiende Wirkung hat, nicht aber daß diese Drittschuldner verpflichtet seien, an den nach § 185 Ermächtigten zu leisten. Nur indem man Einwilligung und Zession nicht scharf auseinanderhielt und in der Einwilligung einen teilweisen Eintritt in die eigene Rechtsstellung des Zedenten und eine „schwächere Zession“ erblickte, konnte der Schein einer Verpflichtung des Drittschuldners gegenüber dem Ermächtigten als „Teilzessionar“ entstehen. Die Vfg. über den in der Obligation an den Schuldner gerichteten Leistungsbefehl scheint dem Ermächtigten übertragen, nicht bloß die freiwillige Leistung an ihn, den Nichtgläubiger, mit Erfüllungskraft ausgestattet. Werden aber Rechtsübertragung und Gestattung des allein Berechtigten, über sein Recht zu verfügen, wie notwendig, streng auseinandergehalten, so kann die Verpflichtung dieses Drittschuldners auch nicht aus einer Anweisung des Gläubigers an den Schuldner, dem Ermächtigten zu leisten, abgeleitet werden. Denn weder liegt in der Gestattung gegenüber dem Nichtberechtigten, meine Forderung im eigenen Namen einzuziehen, notwendig eine Anweisung an den Drittschuldner, ihm zu leisten, noch könnte aus solcher Anweisung auf Schuld entgegen dem Prinzip des § 787 Abs. 2 BGB. eine Verpflichtung des angewiesenen Schuldners, dem Dritten zu leisten, erwachsen. Aber gerade weil es eine Illusion ist, vermittelst des § 185 BGB. eine Verpflichtung des Drittschuldners gegenüber dem Zedenten oder sonstigen Nichtgläubigern zu erklären, muß die Rechtsform der Zession, wenn auch in der abgeschwächten Form einer bloßen Legitimation zur Einziehung immer wieder herhalten, um ein Sollen des Drittschuldners gegenüber dem Kreditnehmer nach geschehener Zession und damit dessen Aktivlegitimation zur Beitreibung trotz seiner Zession an den Geldgeber gegenüber einem zur Zahlung nicht bereiten Drittschuldner zu begründen. Damit aber wird die Frage der Spaltung der Forderung zwischen dem Zessionar und Geldgeber, der das Gläubigerrecht erhält, und dem Zedenten (oder sonstigem Ermächtigten), der sich, wenn auch nur auf Zeit oder bis zu einem ungewissen Ereignis (der Verletzung seiner Darlehnspflichten), die Beitreibungsmacht „vorbehält“ oder sofort zurückübertragen läßt, doch wieder akut, und alle Anstrengungen des Urt. gegenüber der Rev. eine solche Zerreißung des Forderungsrechts zu leugnen, können nicht mehr überzeugen. Da § 185 BGB. nur von rechtsgeschäftlichen Verfügungen Unberechtigter handelt (RG. 60, 72; RGRKomm. zu § 185 Anm. 4), die Prozeßführung eines materiellrechtlich Nichtberechtigten (des Zedenten) aber nicht deckt, so muß eben das fragwürdige Zwischengebilde der „Übertragung“ der Legitimation zur Einklagung herhalten, wobei deren Anhänger meist unklar lassen, ob diese Übertragung translativ oder kumulativ gemeint ist, das heißt, dem Geldgeber nur eine Art Naturalforderung oder ein volles (durch die Legitimationsübertragung nicht geschwächtes) Gläubigerrecht neben der Beitreibungsmacht des Kreditschuldners und stillen Zedenten beläßt. Offenbar meint unser Urt. das erstere, da es unter Berufung auf RG. 90, 276 (das im RGUrt. v. 13. Febr. 1914: JW. 1914, 528 f. sein Vorbild hat), und das freilich nur referierende RG. 92, 108 betont, der Begriff der Forderungsübertragung verlange nur, daß das Einziehungsrecht des Zessionars nicht dauernd ausgeschlossen sei. Also soll gegenüber dem im Urt. gegen Hoeniger betonten Recht des Kreditnehmers zur Einziehung während der Zeit seiner Vertragstreue eine Beitreibungsmacht des Zessionars überhaupt nicht bestehen, nicht etwa nur obligatorisch durch Versprechen gegenüber dem Zedenten eine Ausübung solange zu unterlassen, eingeschränkt sein. Solches Unterlassungsversprechen der Zessionarin würde auch selbstverständlich das Wesen der Zession als des den Gläubigerwechsel enthaltenden Vertrags nicht berühren. Damit ist aber die schon im Urt. desselben 2. Sen. des RG. v. 13. Okt. 1905 (JW. 1905, 718) als unzulässig erklärte Spaltung der Forderung in eine formelle Einklagungsmacht und in ein klagloses Gläubigerrecht, wenn auch nur auf Zeit, herbeigeführt. In der Tat konnte schon das KG. in einem Urt. v. 31. Mai 1911 (ein Auszug abgedr. bei Türk: JW. 1911, 1005) auf den Widerspruch hinweisen, der zwischen dem Verbot solcher Spaltung und der zwar in jenem Urt. von 1905 ebensowenig wie noch in RG. 99, 143, wohl aber sonst (z. B. RG. 25, 207 f.; 53, 417 f.; 73, 307 = JW. 1910, 654; 117, 72 und in JW. 1929, 1747 f.) gestatteten Übertragung des bloßen Klagerechts an einen Nichtgläubiger gelegen ist. Kann man das Klagerecht allein „zedieren“, so kann man es doch wohl auch bei der Übertragung des Gläubigerrechts sich „vorbehalten“ oder, was auf dasselbe hinauskommt, sich sofort vom neuen Gläubiger zurückübertragen lassen. Unser Urt. will nach bekannten, schon zitierten Vorbildern die Belassung der Einziehungsmacht ausschließlich beim Zedenten wenigstens auf Zeit gestatten. Aber dann ist wenigstens auf Zeit die Spaltung in „formelles“ und „materielles“ Recht wieder herbeigeführt, und vor allem, wir haben einen nicht zu überbrückenden Widerspruch zu der bisherigen Erklärung der Beitreibungsmacht des Zedenten aus Gestattung der Zessionarin nach § 185 BGB. Wenn

[3]) JW. 1927, 2419.

Lehmann in Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse 11. Bearbeitung S. 273/74.

Der (neue) Gläubiger, der einem anderen eine Einziehungsermächtigung erteilt, erwirbt und behält trotzdem das volle Gläubigerrecht in seiner Person. Denn die Erteilung der Einziehungsermächtigung setzt das Recht des Machtgebers voraus. Diese Regelung entsprach auch dem beiderseitigen Bedürfnis von Machtgeber und Einziehungsermächtigten. Ersterer wurde durch den unmittelbaren Erwerb des Forderungsrechts durch den Abtretungsvertrag für seine Ansprüche gesichert. Letzterer (die Genossenschaft) war wegen ihrer dauernden Verbindung mit dem Genossen am besten in der Lage, den Schuldner zu überwachen und zur rechten Zeit (durch Benachrichtigung der Drittschuldner) einzugreifen. Er wahrte dadurch zugleich seine eigenen Belange gegenüber seinem Schuldner wie gegenüber der Kreditanstalt.

Eine Spaltung des Forderungsrechts ist auch nicht dadurch eingetreten, daß nach den Richtlinien die Benachrichtigung der Drittschuldner unterblieb, solange der Kreditnehmer seine Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrage erfüllte. Zur Bewirkung des Übergangs des Forderungsrechts ist die Benachrichtigung des Drittschuldners nicht erforderlich. Die Forderung geht vielmehr, wie Satz 2 des § 398 BGB. ausdrücklich bestimmt, schon mit Abschluß des (abstrakt wirkenden) Abtretungsvertrages auf den neuen Gläubiger über. Mit der Unterlassung der Benachrichtigung nimmt der neue Gläubiger nur die Gefahr auf sich, daß er gemäß § 407 BGB. eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen muß, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt. Hat der Drittschuldner mit befreiender Wirkung an den Zedenten gezahlt, so kann sich der Zessionar nur an den Zedenten halten, der ihm nach §§ 816 Abs. 2, 819 Abs. 1 BGB. zur Herausgabe des Empfangenen verpflichtet ist. Jedoch ist Hoeniger, Diskontierung von Buchforderungen S. 17, 23 ff. nicht beizutreten, wenn er annimmt, die Stellung des Kreditnehmers erschöpfe sich in der sich aus § 407 BGB. ergebenden Macht, über die Forderung mit befreiender Wirkung zu verfügen, und in seiner Verpflichtung zur Ablieferung des Empfangenen nach § 816 BGB. auch dann, wenn die Unterlassung der Anzeige an den Drittschuldner vereinbart ist. Letztere Vereinbarung in Verbindung mit der weiteren, daß der Drittschuldner nur bei Eintritt einer bestimmten Tatsache (Nichterfüllung der Pflichten des Kreditnehmers) benachrichtigt werden darf, räumt dem Kreditnehmer das Recht ein, die Forderung selbst einzuziehen, solange er selbst seinen Vertragspflichten nachkommt. Damit wird aber dem Zedenten nicht das Gläubigerrecht selbst zum Teil vorbehalten. Sondern es wird ihm ebenfalls nur eine Einziehungsermächtigung i. S. des § 185 BGB. erteilt, die so lange besteht, bis die Einziehungsermächtigung der Diskontvereinigung wirksam wird. Beide Einziehungsermächtigungen sind mit dem alleinigen Gläubigerrecht der Kreditanstalt vereinbar. Daß letzteres dem Parteiwillen entspricht, ergibt die vorbehaltlose Abtretungserklärung.

2. Es widerspricht auch nicht dem Begriffe der Abtretung, daß die Kreditanstalt oder die von ihr mit der Verwaltung der Forderungen beauftragte Kl. nicht sofort das Recht haben soll, die Forderungen einzuziehen. Der Begriff der Forderungsübertragung verlangt nur, daß das Einziehungsrecht des Zessionars nicht dauernd ausgeschlossen ist. Eine zeitliche Beschränkung des Einziehungsrechts steht dagegen der Wirksamkeit der Forderungsabtretung nicht entgegen. Dies entspricht auch der bisherigen Rspr. des RG.; vgl. RG. 90, 273 (296[4])); 92, 106 (108); ferner für Abtretung der Außenstände eines Abzahlungsgeschäftes: Urt. v. 12. März 1918, II 528/17: LZ. 1918, 1257 = Recht 1919 Nr. 733; ebenso Staudinger-Werner, 9. Aufl., II 3b zu § 398 BGB. Das Einziehungsrecht des Zessionars war auch nicht wie in RG. 92, 106 lediglich auf den Fall der Zwangsvollstreckung von seiten Dritter in das Vermögen des Zedenten oder auf die Eröffnung des Konkursverfahrens über sein Vermögen abgestellt, hatte also nicht nur den Zweck, die Konkurrenz anderer Gläubiger abzuwehren. Vielmehr trat das Recht des Zessionars, die Kunden des Kreditnehmers durch die Diskontvereinigung von der Abtretung zu benachrichtigen und direkte Zahlung zu verlangen, schon dann ein, wenn der Genosse die von ihm ausgestellten oder akzeptierten Wechsel nicht einlöst oder auch nur erklärt, seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommen zu können.

(U. v. 7. Juli 1931; 447/30 II. — München.) [Ku.]
<= RG. 133, 234.>

7. §§ 903, 906, 1004 BGB.

1. Schon die Bedrohung mit einem Eingriff in das Eigentum kann unter Umständen als

---

diese „Einziehungsermächtigung“ das Recht des Machtgebers voraussetzt, so darf es doch nicht gerade während dieser Zeit ausgeschlossen gewesen sein. § 185 versagt wiederum auf der ganzen Linie hinsichtlich einer Zwangsbeitreibung durch den Zedenten, und unsere letzte Stütze bleibt das unserem bürgerl., wie unserem Prozeßrecht (Rosenberg, Lehrb. [3] 133 c) unbekannte Gebilde einer vom Berechtigten einem dritten Nichtberechtigten oder Nichtmehrberechtigten verliehenen Klagebefugnis. Trotz der vorzüglichen Ausführungen von Siber (bei Planck zu § 398, 1 b β; JheringsJ. 70, 292 und Grundr. d. Schuldr. 145 f. mit Note 8), Hoeniger (a. a. O. 22 f.), v. Tuhr (SchweizOblR. II, S. 724), Leonhard (Allg. SchuldR. § 345), Hellwig (System d. dtsch. ZivProzR. § 74 III) und Stein-Jonas (ZPO., Vorbem. vor § 50 zu Note 18 S. 138), bleibt unser Urt. dabei, „dieses dem Gesetz unbekannte hybride Rechtsgeschäft wieder aufleben zu lassen“ (v. Tuhr), weil „die Entwicklung auf allen Gebieten des Rechts dazu dränge“, wie schon der gleiche Senat in von ihm selbst geprägter und jetzt wiederholter Wendung (RG. 117, 72 = JW. 1927 2419) sich ausgedrückt hatte. Daß man aber diese neuerdings von Leonhard a. a. O. und Kisch (RGFestschr. VI, 32[26]) in ihrer ganzen Bedenklichkeit treffend gekennzeichnete Entwicklung in denkbar engsten Grenzen halten sollte, hat auch Nußbaum in JW. 1928, 630 eindrucksvoll betont.

Aber auch wenn man mit dem RG. solchen zeitweisen und nicht bedingungslosen Ausschluß der Beitreibungsmacht des Zessionars als noch mit dem Wesen der Zession verträglich anerkennen will, so durfte sich der Senat für seinen Standpunkt nicht auf sein eigenes Urt. v. 12. März 1918 (LZ. 1918, 1257) berufen, denn hier wird mit dem KG. das Fortbestehen der Einziehungsmacht des Abzahlungsgeschäfts damit gerechtfertigt, daß „nicht etwa der Kreditnehmer nach § 185 als Beauftragter des Bekl. über dessen Rechte verfügt hätte, vielmehr bedingte Zessionen beständen, kraft deren er bis zum Eintritt der Bedingung Gläubiger der Forderungen blieb“. Hier hatte das KG. und das RG. nicht etwa eine resolutiv durch Verletzung der Pflichten des Kreditnehmers bedingte Übertragung der Beitreibungsmacht an den Zedenten, sondern entsprechende aufschiebende Bedingtheit des materiellen Zessionsgeschäfts angenommen (die Unterscheidung schon bei Türk: JW. 1911, 1006—1009), so daß pendente condicione das kreditnehmende Abzahlungsgeschaft gem. § 158 Abs. 1 BGB. noch Vollgläubiger seiner Ausstände und darum zu der Beitreibung befugt erschien. Die Annahme einer solchen Abhängigkeit des gesamten Zessionsgeschäfts von der Verletzung der Darlehnspflichten, insbes. der Pflichten des Kreditnehmers, seine Akzepte rechtzeitig einzulösen, liegt überall dort nah, wo nach geschehener Übertragungserklärung der Kreditnehmer noch mit den Ausständen wie mit seinen eigenen schaltet, sie nicht bloß beitreibt, sondern auch die Valuta ohne Abrechnung mit dem Zessionar in seinem Geschäft verwendet. Vgl. z. B. die Fälle RG. (7. ZivSen.): JW. 1910, 230 und allerjüngstens BankArch. 1930, 455, 456. Immer vorausgesetzt, daß nicht die unzweideutigen Parteierklärungen, wie in unserem Fall das Urteil zu Recht betont, die Annahme von Vorbehalten oder Bedingungen bei der Zession ausschließen. Dann zeigt solches einverständliches Verhalten der Parteien, daß die erklärte Zession nach dem Parteiwillen das Gläubigerrecht überhaupt nicht übertragen, sondern nur einen Scheintitel für Interventionen schaffen wollte. Das wird in unserem Fall zu Recht verneint, bejaht aber z. B. zu Recht in RG. 90, 249 = JW. 1917, 765; 92, 109 und LZ. 1917, 340.

In unserem Fall aber hat das RG. zu Recht eine ernsthafte unbedingte Zession an die Kreditanstalt angenommen, dann aber konnte sich die Einziehungsbefugnis des Zedenten und in diesem Prozeß der Diskontvereinigung nicht auf § 185 BGB., auch nicht auf eine durch Übertragung des Klagerechts bewirkte Abtrennung des „formellen“ Beitreibungsrechts vom materiellen Gläubigerrecht der Kreditanstalt gründen, sondern nur auf die in dem hier nicht aufgenommenen Teil des Urteilstatbestandes (RG. 133, 235) enthaltene Klagebehauptung gründen, daß die streitigen Forderungen von der Gemeinschuldnerin an die Kreditanstalt und von dieser an die Kl. abgetreten worden seien.

Prof. Dr. Franz Haymann, Köln.

[4]) JW. 1917, 853.

widerrechtlicher Eingriff erscheinen und den Unterlassungsanspruch entstehen lassen.

2. Die Voraussetzungen der Einschränkungen nach § 906 BGB. muß beweisen, wer sich auf ihre Zulässigkeit beruft.

3. Wenn die Statthaftigkeit einer Einwirkung für einen bestimmten Zustand nachgewiesen ist, bleibt vom Inhaber des Betriebes immer noch nachzuweisen, daß das gesteigerte Maß ebenfalls ortsüblich ist.

4. Wenn auch ein allgemeiner Rechtsanspruch auf Beachtung der Gewohnheit eines Hausbewohners, des Nachts bei offenem Fenster zu schlafen, nicht anerkannt werden kann, so kann doch diese Gewohnheit unter gewissen Umständen zur allgemeinen Übung und sonach gemäß § 906 BGB. beachtlich werden.

5. Es kommt nicht auf das subjektive Empfinden einer einzelnen Person, sondern auf das Empfinden des normalen Durchschnittsmenschen an.†)

Im Vorprozeß hatte das BG. unter Billigung der RevInst. die sachliche Berechtigung des Klageanspruchs angenommen, der damals gegen die L.-GmbH., KommGes., als Pächterin des Unternehmens gerichtet war. Es ist der damaligen Bekl. rechtskräftig verboten worden, nach Parkschluß (11 Uhr abends) in ihren Vergnügungsstätten in nicht geschlossenen Räumen oder bei offenen Fenstern oder Türen Musik machen zu lassen. Auf den gleichen Standpunkt stellte sich das BG. in seinem Urt. v. 12. Nov. 1929 in Übereinstimmung mit dem LG. im jetzigen Rechtsstreit gegenüber der jetzigen Bekl., der L.-GmbH., die persönlich haftende Gesellschafterin der früheren, im Nov. 1927 aufgelösten KommGes. gewesen ist. Die Aufhebung des Urt. des BG. in der RevInst. erfolgte, weil die Feststellungen des BG. in seinem im Nov. 1929 erlassenen Urt. widerspruchsvoll in bezug auf die Frage waren, in welchem Jahre die von dem Kl. gerügten, das Urt. stützenden Beeinträchtigungen vorgekommen waren. In dem jetzt erlassenen Urt. geht das BG. davon aus, daß der Klage nur stattgegeben werden könne, wenn noch zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung Beeinträchtigungen vorlägen, die der Kl. nicht zu dulden brauche. Dieser Grundsatz ist mit der im früheren RevUrt. in einer auch das BG. bindenden Weise (§ 565 Abs. 2 ZPO.) ausgesprochenen Ergänzung zutreffend, daß schon die Bedrohung mit einem Eingriff in das Eigentum unter Umständen bereits als widerrechtlicher Eingriff erscheinen und den Unterlassungsanspruch entstehen lassen kann; in dieser Beziehung war darauf hingewiesen, daß es im einzelnen Falle nicht rechtsirrtümlich sei, wenn die Pächterin des Unternehmens bereits zu Beginn des Pachtjahres aus § 1004 BGB. in Anspruch genommen werde. Das BG. schickt sodann die Bemerkung voraus, daß der Kl. sich nach § 906 BGB. unwesentliche Beeinträchtigungen gefallen lassen müsse; die hiernach zunächst zu entscheidende Frage, ob nur solche unwesentlichen Beeinträchtigungen vorlägen, sei auf Grund der Beweisaufnahme zuungunsten des Kl. zu bejahen. Das BG. beschäftigt sich dann mit dem Inhalt der Aussage der Zeugen H. und P., hebt hervor, daß der erste vom Kl. als Hauptzeuge für die Störungen benannt worden sei, und kommt zu dem Ergebnis, die Aussagen böten keine ausreichende Grundlage für die notwendige Feststellung, daß die Nachtruhe des Kl. und seiner Familie auch jetzt noch in einem die Unterlassungsklage rechtfertigendem Umfange beeinträchtigt werde.

Die Abweisung der Klage mit dieser Begründung beruht auf Rechtsirrtum. Indem das BGB. in § 906 anordnet, daß der Eigentümer eines Grundstücks die Einwirkung auf dieses in einem näher bestimmten Umfange — „insoweit als" — nicht verbieten kann, schränkt es die Befugnisse des Eigentümers aus § 903 ein. Dieser Zusammenhang und die Fassung des § 906 lassen keinen Zweifel darüber, daß die Voraussetzungen der Einschränkungen beweisen muß, wer sich auf ihre Zulässigkeit beruft (RGRKomm., Bem. 8 zu § 906 und die dort angeführte umfangreiche Rspr. und das Urt. des erk. Sen. v. 26. Juni 1930, VI 822/29[1])). Die Entsch. des BG. beruht aber zu diesem Punkt offenbar darauf, daß der Kl. nicht den Umfang der Beeinträchtigung seitens der Bekl. nachgewiesen habe, der die Unterlassungsklage auch jetzt noch rechtfertige. Die der Würdigung der Beweisaufnahme vorausgeschickte Bemerkung des BG., die auf die Wesentlichkeit der Beeinträchtigung bezügliche Frage sei zuungunsten des Kl. zu beantworten, erhält ihren eigentlichen Inhalt durch die dann folgende Beweiswürdigung; sie ergibt jedenfalls nicht mit Sicherheit, daß das BG. von zutreffender Verteilung der Beweislast ausgegangen ist.

Das BU. beruht weiterhin auf der Ausführung, das Ergebnis der Beweisaufnahme reiche auch für die Feststellung nicht aus, daß die Benutzung des Grundstücks sonst — abgesehen von der Nachtruhe — nach 23 Uhr in einer die Anwendung des § 1004 rechtfertigenden Weise noch jetzt beeinträchtigt werde. Das BG. erwägt: Die beiden genannten Zeu-

---

Zu 7. 1. Zuzustimmen ist RG. in der Frage der Verteilung der Beweislast. Den Ausgangspunkt bildet die Klage aus § 1004 BGB. Gemäß § 903 BGB. ist an sich der Eigentümer berechtigt, alle Einwirkungen auf das Grundstück zu verbieten. Er hat mithin der ihm obliegenden Beweislast genügt, wenn Beweis für Einwirkungen erbracht ist. Der Störer, der den Tatbestand des § 906 BGB. behauptet, muß diesen beweisen. Die Ansicht des RG. wird auch im Schrifttum durchweg geteilt (Staudinger § 906 IV 2 e).

2. Mit dieser Stellungnahme bez. der Frage der Beweislast stimmt anscheinend die Ausführung über das Verhältnis zwischen den §§ 903, 906, 1004 BGB. nicht ganz überein, wenn RG. sagt, daß das BG. die Beeinträchtigung allgemein aus dem Gesichtspunkt des § 1004 BGB. prüfe. Diese Bemerkung ist nicht unbedenklich und kann zu Mißverständnissen führen. Gemeint ist offenbar das unter 1 Gesagte, daß nämlich die Einwendung, nicht der Tatbestand als solcher ausschließlich aus § 906 zu prüfen sei. Das entspricht der bisherigen Rspr. des RG. (RGRKomm. § 906 Anm. 8).

3. Die scharfe Unterscheidung zwischen dem „nicht oder nur unwesentlichen Beeinträchtigungen" und „der Ortsüblichkeit" hätte dem RG. Gelegenheit zu einer stärkeren Klarstellung geben können. Es ist durchaus möglich, daß die Veränderung der Verkehrsgepflogenheiten, so die vom BG. hervorgehobene größere Tanzlust und die Entwicklung des Rundfunks auf die Frage der Wesentlichkeit einen Einfluß ausübt. Infolge der fortschreitenden Entwicklung des Verkehrs wird heute manches als unwesentliche Beeinträchtigung angesehen werden müssen, was früher als wesentliche Beeinträchtigung empfunden wurde. Es ist theoretisch denkbar, daß etwa das Geräusch des Rundfunks auch in den späten Abendstunden nicht als Beeinträchtigung erscheint; die Folge würde sein, daß auch die Musik aus einem Tanzlokal nicht anders zu beurteilen sein würde. Eine etwa festzustellende allgemeine Abnahme der Empfindlichkeit gegen Geräusche ist zweifellos von Bedeutung für die Entsch. aus § 906. Eine andere Frage ist, wie RG. richtig hervorhebt, die der Ortsüblichkeit. Hier kommt es weniger auf das Geräusch als solches, sondern mehr auf die Art des Geräusches an. Es ist sicher richtig, daß eine Duldungspflicht bez. des Vorbeifahrens von Kraftwagen keineswegs auch die Duldung von Tanzmusik nach sich zieht. — Es darf bemerkt werden, daß das Zitat des RG. 133 sein soll.

4. Bedauerlich ist, daß RG. auch in dieser Entsch. seinen früheren Standpunkt (Gruch. 48, 941) in der Frage, ob der Eigentümer zum Schließen der Fenster verpflichtet ist, wenn auch in etwas abgeschwächter Form, aufrechterhält. Die Ansicht bedarf entschieden einer Nachprüfung, wird auch im Schrifttum mit Recht bekämpft (vgl. u. a. Loewenwarter, Lehrkomm., Bd. IV, Anm. zu § 906). Auch hier muß an dem oben erwähnten Ausgangspunkt des § 1004 i. Verb. m. § 903 festgehalten werden. Nach § 903 BGB. braucht der Eigentümer keinerlei Einwirkungen zu dulden. Es ist also nicht Sache des Eigentümers, bei Einwirkungen auf sein Grundstück, um sich störenden Geräuschen zu entziehen, sein Schlafzimmer zu verlegen oder die Fenster des Nachts geschlossen zu halten, sondern Pflicht des Störers ist es, die Geräusche abzustellen. Es muß daran festgehalten werden, daß jeder sein Eigentum so benutzen darf, wie es ihm paßt. Ist ein Geräusch so stark, daß es den Schlaf bei geöffneten Fenstern stört, so kann von einer unwesentlichen Beeinträchtigung nicht die Rede sein. Allenfalls könnte festgestellt werden, daß die Geräusche mit Rücksicht darauf, daß in der betr. Gegend allgemein nachts die Fenster geschlossen zu werden pflegen, als ortsüblich anzusehen sind. Entscheidend ist aber nicht die Pflicht zum Schließen der Fenster, sondern die Ortsüblichkeit bez. der Stärke des Geräusches. Es ist also grundsätzlich unrichtig, wenn RG. meint, daß eine Möglichkeit gegeben sei, daß die Gewohnheit, bei offenem Fenster zu schlafen, unter gewissen Umständen zur allgemeinen Übung werden könne. Damit soll selbstverständlich dem im Schrifttum wie in der Rspr. anerkannten Grundsatz, daß die Einstellung des „normalen Durchschnittsmenschen" maßgebend ist, nicht widersprochen werden.

LGDir. PrivDoz. Dr. Bernhöft, Rostock.

[1]) JW. 1930, 2934.

gen hätten von „Musikfetzen" gesprochen, die auf der Terrasse des klägerischen Grundstücks zu hören gewesen seien. Der Zeuge H. habe zwar, darüber hinausgehend, bekundet, daß auf der Terrasse die Musik deutlich zu hören und die Melodie des gespielten Musikstückes erkennbar sei; doch rechtfertige auch diese Bekundung die oben vermißte Feststellung nicht. Wie jede Angelegenheit des täglichen Lebens unterliege auch die Beantwortung der Frage, in welchem Umfange sich die Bewohner eines Hauses aus der Nachbarschaft kommende Musikgeräusche gefallen lassen müssen, im Laufe der Zeit einer Wandlung. Diese Frage könne nicht von der fortschreitenden Entwicklung der Technik und des Verkehrs unberührt bleiben. Im Zeitalter des Radios und des vermehrten Tanzbedürfnisses müßten sich fast alle Bewohner einer Großstadt — auch die in einer früheren ruhigen Gegend Wohnenden — Musikgeräusche gefallen lassen, gegen deren Einwirkung sie sich in früherer Zeit mit Erfolg hätten wehren können. Unter Beachtung dieser allgemeinen Einstellung zu der hier zu entscheidenden Frage sei diese in dem entscheidenden jetzigen Zeitpunkt zuungunsten des Kl. zu beantworten. Er teile das Schicksal der vielen Personen, die sich vor Jahren in einer damals stillen Gegend angesiedelt hätten, und deren Ruhe jetzt ein Opfer der immer größer werdenden allgemeinen Unruhe geworden sei.

Zunächst besteht auch gegen diese Ausführung das Bedenken unrichtiger Verteilung der Beweislast. Bedenken muß aber auch die alleinige Heranziehung des § 1004 BGB. erwecken. Es hat den Anschein, als ob das BG. die Beeinträchtigung hier ganz allgemein lediglich unter dem Gesichtspunkte des § 1004 BGB. prüft und deshalb die Erwägung durchgreifen läßt, die sich auf die Entwicklung des Rundfunks und die Vermehrung des Tanzbedürfnisses bezieht. § 1004 enthält die allgemeine negatorische Klage; die Bestimmung des Nachbarrechts darüber, wieweit der Eigentümer eines Grundstücks die von einem anderen Grundstück ausgehenden Einwirkungen nicht verbieten kann, ist in der Sondervorschrift des § 906 enthalten. Daraus ist die Entsch. zu entnehmen. Und zwar kann, nachdem das BG. im ersten Teil seiner Entscheidungsgründe die Frage behandelt hat, ob die vom Kl. gerügte Einwirkung wesentlich oder unwesentlich ist, nur noch in Betracht kommen, ob die bemängelte Benutzung des Grundstücks der Bekl. nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Diese Frage kann nun offenbar nicht mit der allgemeinen Erwägung beantwortet werden, daß die Zumutbarkeit von Musikgeräuschen im Laufe der Zeit einer Wandlung unterliegt und von der fortschreitenden Entwicklung der Technik und des Verkehrs nicht unberührt bleiben kann. Abgesehen davon, daß man nicht ersehen kann, was hiermit die Vermehrung des Tanzbedürfnisses zu tun hat, kann man jene allgemeine Erwägung billigen, ohne daß damit für den Gegenstand des jetzigen Rechtsstreits etwas gewonnen wird. Gewiß kann sich aus dem Anwachsen des allgemeinen Verkehrs im einzelnen Fall beispielsweise die Folge ergeben, daß ein sich durch besondere Ruhe auszeichnender Stadtteil in den allgemeinen Verkehr einbezogen wird, wie dies für den Kraftwagenomnibusverkehr in dem Urt. des 5. ZivSen. des RG. v. 8. Juli 1931, V 9/31[2]) = RG. 133, 152 — aber mit erheblichen Einschränkungen im Einzelfalle — angenommen wird. Aber aus solchen Erwägungen ergibt sich nichts für die Frage, ob und in welchem Umfange der Eigentümer eines Grundstücks die musikalischen Auswirkungen verbieten kann, die von der Vergnügungsstätte eines Nachbargrundstücks herrühren. Auch ein Geschäftsinhaber, der sich auf ein erhöhtes Tanzbedürfnis seiner Gäste beruft — daß die Bekl. das getan hat, ist übrigens nicht ersichtlich —, muß sich innerhalb der Grenzen halten, die das Gesetz in § 906 BGB. gezogen hat. Bei der Prüfung des Klageanspruchs konnte das BG. nicht an dem Ergebnis des die Grundlage der jetzigen Klage bildenden Vorprozesse vorübergehen. Wenn durch das Endurteil jenes Rechtsstreits auch nicht Rechtskraft für die jetzigen Bekl. geschaffen worden ist, so hat es doch bedeutsame Feststellungen getroffen, die sich auf die gegenständliche Seite des Rechtsstreits beziehen. Man kann trotz der allgemeinen Begr. des BU. nicht annehmen, daß das BG. jetzt hat feststellen wollen, die örtlichen Verhältnisse und insbes. der gewöhnliche Gebrauch des von der Bekl. benutzten Grundstücks hätten sich seit dem Erlaß des Urt. im Vorprozeß geändert. Das BG. stellt ja am Schlusse der Urteilsgründe zur Begr. der Kostenentscheidung selbst fest, daß der Klageanspruch noch während des ersten Rechtszuges begründet war. Irgendwelche Tatumstände, die auf eine Änderung seit diesem Zeitpunkt schließen lassen könnten, sind nicht festgestellt. Übrigens wäre, selbst wenn die Statthaftigkeit einer Einwirkung für einen bestimmten Zustand nachgewiesen ist, vom Inhaber des Betriebes nachzuweisen, daß das gesteigerte Maß ebenfalls ortsüblich ist (Gruch. 47, 955; JW. 1911, 326; 1913, 491; 1908, 12; JurRdsch. 1926 Nr. 2225 und 1357; RG. 64, 365; Urt. des erk. Sen. v. 26. Juni 1930, VI 822/29[3])).

Das BG. meint auch, es müsse dem Kl. zugemutet werden, sein Schlafzimmer in einen solchen Raum des Hauses zu verlegen, der nicht dem L. zugekehrt und daher den Musikgeräuschen nicht so wie das jetzige Schlafzimmer ausgesetzt sei. Die Rev. rügt Verletzung des § 139 ZPO., indem sie geltend macht, die Verlegung des Schlafzimmers sei mit Rücksicht auf die Lage der Zimmer nicht möglich. Die Rüge ist begründet, da sich in der Tat im BU. kein Anhalt dafür findet, daß diese Frage mit den Parteien erörtert ist. Davon abgesehen, kann man nicht allgemein sagen, daß der Grundstückseigentümer sich in der Benutzung seines Grundstücks Schranken aufzuerlegen hat, wenn die Zulässigkeit der Benutzung des anderen Grundstücks von dem Gegner nach § 906 nicht nachgewiesen worden ist.

Die Rev. wendet sich auch gegen die Annahme des BG., daß der Kl. im Sommer sein Schlafzimmer des Nachts geschlossen halten müsse. Auch diese Rüge ist mit Rücksicht auf die allgemeine Begr. des BU. begründet. Gewiß kann ein allgemeiner Rechtsanspruch (§ 194 BGB.) auf Beachtung der Gewohnheit eines Hausbewohners, des Nachts bei offenem Fenster zu schlafen, nicht anerkannt werden. Aber unter dem Gesichtspunkt des § 906 kommt es wesentlich auf die örtlichen Verhältnisse an. Es kann die Möglichkeit nicht bezweifelt werden, daß die vom Kl. vertretene Gewohnheit unter gewissen, maßgebend von sanitären Erwägungen beeinflußten Umständen zur allgemeinen Übung werden und deshalb nach § 906 BGB. Beachtung verdienen kann. Das wird auch durch die vom BG. herangezogene Entsch. in Gruch. 48, 941 nicht ausgeschlossen (vgl. auch RG.: Recht 1909 Nr. 1500; RG-Warn. 1909 Nr. 359).

Bedenken muß weiterhin eine Ausführung des BG. erwecken, die im Zusammenhang mit der Würdigung der Aussage des Zeugen P. steht. Das BG. betont hier, die Zeugenaussagen böten, insbes. unter Beachtung der Tatsache, daß der genannte Zeuge die Frage des Richters, ob er die Geräusche störend empfunden habe, nicht uneingeschränkt beantwortet habe, keine ausreichende Grundlage für die bereits erörterte Feststellung des Umfangs der Beeinträchtigung. Hierbei bleibt es zum mindesten zweifelhaft, ob darauf geachtet ist, daß es nicht auf das subjektive Empfinden einer einzelnen Person, sondern auf das Empfinden des normalen Durchschnittsmenschen ankommt. Das ist in der Rspr. anerkannt, wofür insbes. auf die erwähnte, bei Gruch. veröffentlichte Entsch. verwiesen werden kann (vgl. auch RGWarn. 1910 Nr. 446 u. a. Es ist nicht zu verkennen, daß die Feststellung der für § 906 maßgebenden tatsächlichen Verhältnisse im einzelnen Falle erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann; dann wird es aber unter solchen besonderen Umständen nach § 139 ZPO. Sache des Gerichts sein, der beweispflichtigen Partei Gelegenheit zu geeignetem ausreichenden Beweisantritt zu geben und sich nicht damit zu begnügen, daß gewisse, von einem Zeugen gewählte Ausdrücke wie „Musikfetzen" nicht geeignet sind, dem Gericht Klarheit über die tatsächlichen Verhältnisse zu geben. Gegebenenfalls würde auch die richterliche Feststellung an Ort und Stelle in Betracht kommen. Übrigens brauchen sich die erforderlichen Erörterungen nicht auf ein bestimmtes Zimmer wie das Schlafzimmer zu beschränken.

Nun spricht das BG. freilich am Schluß des Urt. von Maßnahmen, die zur „Verhütung und Verminderung" des

---

[2]) JW. 1931, 3354.

[3]) JW. 1930, 2934.

Lärms getroffen worden sind, und es könnte sich fragen, ob dadurch der Klage der Boden entzogen ist. Der Zusammenhang der Entscheidungsgründe ergibt aber, daß es die vorausgegangenen und in dem jetzigen RevUrt. beanstandeten Erörterungen, bei denen von solchen, im Urt. auch sonst nirgends näher angegebenen Maßnahmen nicht die Rede war, sind, die das Urt. stützen sollen, und daß es sich bei der Schlußausführung nur um eine an die Bekl. gerichtete Mahnung handelt. Denn das BG. führt dort aus: „Die Bekl. werde zu beherzigen haben, daß sie trotz der vorliegenden Entsch. alle zur Verhütung und Verminderung des Lärms getroffenen Vorsichtsmaßnahmen beizubehalten und sie möglichst noch zu vervollkommnen habe, wenn sie sich nicht den erneuten und dann vielleicht wieder berechtigten Klagen aussetzen wolle. Das Urt. solle keineswegs für sie eine Art von Freibrief darstellen.“ Die dort ins Auge gefaßte Möglichkeit der Vervollkommnung der Maßnahmen bestärkt jedoch die erörterten Bedenken gegen die Annahme, daß die Voraussetzungen des § 906 ohne Rechtsirrtum geprüft worden seien. Es hat den Anschein, als ob das BG. selbst Zweifel daran hegt, daß die getroffenen oder angeordneten Maßnahmen so zweckentsprechend durchgeführt worden sind, daß eine Gewähr für das künftige Unterbleiben unzulässiger Einwirkungen gegeben ist. Jedenfalls wird das BG. in der erneuten Verhandlung die Bedenken zu prüfen haben, die der Kl. im Schriftsatz v. 23. April 1931 zu VI im Anschluß an die Aussage der Zeugen S. und R. geltend gemacht hat.

(U. v. 19. Nov. 1931; 313/31 VI. — Berlin.) [H.]

---

b) Strafsachen.

Berichtet von Justizrat Dr. Drucker, Leipzig und Rechtsanwalt Prof. Dr. Alsberg, Berlin.

I. Materielles Recht.

1. Strafgesetzbuch.

**8. § 27b StGB. Da eine Geldstrafe statt der Freiheitsstrafe nur dann ausgesprochen werden darf, wenn „der Strafzweck“ durch eine Geldstrafe — in demselben Grad — erreicht werden kann, hat der Richter von der Verhängung der Geldstrafe dann abzusehen, wenn er nach der Sachlage Zweifel hegt, ob die Geldstrafe vom Angeklagten getragen werden, also diesen treffen würde.†)

An Stelle der Gefängnisstrafe von 2 Monaten 15 Tagen hat das SchwG. lediglich deshalb nicht nach § 27b StGB. auf eine Geldstrafe erkannt, weil diese Strafe „wohl von der Partei bezahlt würde und also den Angekl. nicht träfe“, folglich mit ihr der Strafzweck nicht erreicht würde. Verwandt ist hiermit der anderwärts in Urteilen vorkommende, für den Angekl. weniger harte Gedankengang, vermöge dessen zwar statt der Freiheitsstrafe eine Geldstrafe verhängt, diese aber weit höher gegriffen wird, als daß sie nach den Vermögensverhältnissen des Angekl. von diesem aufgebracht werden könnte, auf Grund der Erwägung, für die Geldstrafe werde doch die Partei aufkommen. Bei einem Verfahren dieser zweiten Art trifft, wenn wirklich „die Partei für die Geldstrafe aufkommt“, die Strafe in dem festgesetzten hohen Betrage nicht den Angekl., verfehlt also ihren Zweck; zahlt aber, entgegen der Annahme des Gerichts, „die Partei“ die Geldstrafe nicht, etwa weil inzwischen das Dienstverhältnis zum Angekl. gelöst wird oder die Parteizugehörigkeit endet, so wird, weil für diesen Fall die Geldstrafe viel zu hoch bemessen wurde, der Angekl. sie nicht zahlen können und daher die Freiheitsstrafe verbüßen müssen, während das Gericht, wenn nicht mit einer Zahlung durch die Partei gerechnet worden wäre, die Geldstrafe in einer den Verhältnissen des Angekl. angepaßten geringeren Höhe gehalten haben würde. Schon die sich so auf Grund jenes Ausspruchs ergebende Sachlage scheint dafür zu sprechen, daß sich solche Fälle überhaupt nicht zu einer Anwendung des § 27b eignen. So führt denn die Unmöglichkeit, vorherzusehen, was wirklich eintreten werde, in anderen Fällen das Gericht dazu, überhaupt nicht an Stelle der Freiheitsstrafe eine Geldstrafe zu verhängen. Ein Fall dieser Art lag dem erk. Sen. in der Sache 1 D 576/30 vor. Dort war deshalb nicht statt der Freiheitsstrafe eine Geldstrafe ausgesprochen worden, „weil eine solche an Stelle des Angekl. dessen Vater bezahlen würde“. Der Senat hat dies in dem Urt. v. 30. Mai 1930 mit der Ausführung gebilligt, jene Annahme der StrK. beruhe auf tatsächlichen Erwägungen, und es sei nicht rechtsirrig, auf Grund ihrer die Anwendbarkeit des § 27b zu verneinen.

An dieser Auffassung hält der Senat auch bei neuer Prüfung der Frage fest. Auszugehen ist davon, daß § 27b nicht das Ziel hat, die der Schuld gemäße Strafe herabzusetzen. Der Strafzweck soll — unter Berücksichtigung aller hierfür in Betracht kommenden Verhältnisse — auch mit der an die Stelle der Freiheitsstrafe tretenden Geldstrafe erreicht werden, und zwar in ungemindertem Grade. Nur wenn „der Strafzweck“ durch eine Geldstrafe — in demselben Grad — erreicht werden kann, darf statt der Freiheitsstrafe eine Geldstrafe ausgesprochen werden. Daraus folgt, und zwar nicht nur aus der Wortfassung des § 27b, sondern auch mit Denk- und Zwecknotwendigkeit, daß der Richter von der Verhängung einer Geldstrafe dann abzusehen hat, wenn er nach der Sachlage Zweifel hegt, ob die Geldstrafe vom Angekl. getragen werden, also diesen treffen würde (vgl. hierzu RGSt. 59, 51). Einen solchen Zweifel hatte aber hier das SchwG., da es annahm, eine Geldstrafe würde „wohl“ von der Partei gezahlt werden. Die im vorstehenden vertretene Auffassung wird, wie der Vollständigkeit halber bemerkt werden mag,

---

Zu 8. Man wird von der in der vorstehenden Entsch. erwähnten Praxis der Untergerichte nur mit einem gewissen Erstaunen Kenntnis nehmen können. Denn daß das Bezahlen einer Geldstrafe durch die Partei, das die Untergerichte als eine Selbstverständlichkeit hinnehmen, mit der einfach gerechnet wird, ein klarer Fall der Begünstigung ist, ist vom RG. selbst anerkannt (vgl. RGSt. 30, 232 ff.; vgl. ferner Binding, Lehrb. des Strafrechts Bd. II S. 65 Anm. 4; LpzKomm. § 257 Anm. 1 Ziff. 4 Abs. 4). Daraus ergibt sich dann aber, daß die von Dritten bezahlte Strafe niemals als getilgt anzusehen ist, da die Strafe ein Übel ist, das dem Verurteilten zuzufügen ist. Zahlt also die Partei die Strafe, so ist das hinsichtlich des Verurteilten ohne jede Bedeutung. Die Geldstrafe muß vielmehr, da der Verurteilte noch gar nicht gestraft ist, von diesem trotz der Parteizahlung eingetrieben werden, wie ja denn auch eine Freiheitsstrafe vom Verurteilten abgebüßt werden muß, wenn ein Dritter sie bereits für ihn abgesessen hat. Eine Strafvertretung existiert nicht; streng begrifflich genommen kann daher eine Strafe für einen Dritten durch die Partei gar nicht gezahlt werden. Schon aus diesem Grund ergibt sich die Unhaltbarkeit der vom RG. erwähnten Praxis, nach der die Höhe der Wandelgeldstrafe mit Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse desjenigen festgesetzt wird, der voraussichtlich die Strafe bezahlen werde. Man kann daher dem RG. nur zustimmen, wenn es eine derartige Praxis mit Bestimmtheit ablehnt, und man hätte vielleicht nur wünschen können, daß die Ablehnung etwas schärfer erfolgt wäre. Denn diese Praxis ist doch in der Tat so abwegig wie möglich.

Nun liegt allerdings Begünstigung bei einer Geldstrafe nur dann vor, wenn der Dritte die Geldstrafe aus seinem Vermögen zahlt (die Strafvollzugsbehörde darf übrigens bei Kenntnis der Sachlage die Zahlung seitens des Dritten gar nicht annehmen). Schenkt er einen der Geldstrafe entsprechenden Betrag dem Verurteilten, den dieser zur Zahlung der Geldstrafe verwendet, so zahlt er immer aus eigenem Vermögen. Und ebenso liegt keine Begünstigung vor, wenn ein Dritter dem Verurteilten die von diesem bereits bezahlte Strafe nachträglich ersetzt (vgl. Frank, StGB. § 257 Anm. V Ziff. 1a). Es wird also immer, und zwar leicht möglich sein, den Tatbestand so zu gestalten, daß der Dritte materiell, der Verurteilte formell die Strafe zahlt, so daß der Verurteilte, ohne Schädigung zu erleiden, aus der Angelegenheit herauskommt. Allein auch in der Berücksichtigung dieser Tatsache ist es unmöglich, die Wandelgeldstrafe nach den Verhältnissen eines an der Tat gar nicht beteiligten Dritten zu bemessen, weil dieser voraussichtlich den Strafschaden ersetzen wird. Einmal kann das Gericht niemals wissen, wie das RG. mit Recht hervorhebt, ob die Voraussetzung zutrifft. Ferner ist es ein grundlegender Satz der Strafzumessung, der niemals außer acht gelassen werden darf, daß die Strafzumessungsgründe nur aus Tat und Täter entnommen werden dürfen.

Sofern nun aber das Gericht mit der Möglichkeit rechnet, der durch die Geldstrafe zugefügte Vermögensschaden werde dem Verurteilten von dritter Seite ersetzt werden, so ist das Gericht durchaus in der Lage, auf eine Geldwandelstrafe zu verzichten, da durch diese dann offenbar der Strafzweck nicht erreicht werden kann, ja, da der Strafzweck bei Verhängung einer Geldstrafe geradezu in Frage gestellt wird. Der Entsch. des RG. ist also auch nach dieser Richtung hin beizustimmen.

Prof. Dr. Gerland, Jena.

auch zu der Folgerung führen, es sei nicht zulässig, mit Rücksicht darauf, daß ein anderer die Geldstrafe bezahlen würde, sie besonders hoch zu bemessen; denn dieser Gedankengang beruht darauf, daß nicht der Angekl. es sein werde, der die Strafe zu tragen habe, und dann wird der Zweck der Strafe mit der Zahlung der Geldstrafe nicht erreicht.

Nach dem Ausgeführten ist auch der Strafausspruch des angefochtenen Urteils rechtlich nicht zu beanstanden.

(1. Sen. v. 9. Juni 1931; 1 D 492/31.) [A.]

9. §§ 73, 74 StGB.; §§ 2, 48 ff., 237, 244, 267 Abs. 1, 3, Satz 2, 302, 318, 337, 338 Nr. 7 StPO.

1. In dem Antrage des Verteidigers auf mildere Bestrafung und „Wegfall des Ehrverlustes", des Angekl. auf milde Bestrafung liegt ebensowenig ein Antrag auf Zubilligung mildernder Umstände wie in der Beschränkung der Berufung auf das Strafmaß.

2. Wirkungslos ist die Beschränkung der Berufung auf die Frage, „ob eine fortgesetzte Handlung vorliege und auf das Strafmaß", da die Frage des Verhältnisses mehrerer Straftaten zueinander in das Gebiet der Schuldfrage gehört, diese aber nur einheitlich entschieden werden kann.

3. Die an sich unzulässige Verweisung auf die Feststellungen eines gegen andere Angekl. ergangenen früheren Urteils ist dann erlaubt, wenn nur zwecks Ersparung von Wiederholungen auf allgemeine Ausführungen jener früheren Entscheidung verwiesen wird und das in Bezug genommene Urteil als Anlage des späteren behandelt und ihm als solche beigefügt wird.

4. Unzulässige Beweisantizipation durch Ablehnung eines Beweisantrages mit der Begründung, daß das Zeugnis eines früheren Angestellten des Angekl. das bisherige Beweisergebnis nicht zu erschüttern vermöge, zumal auch ein anderer für dasselbe Beweisthema benannter Zeuge unbeeidigt geblieben sei.

5. Die Annahme eines fortgesetzten Zusammenhanges setzt vor allem voraus die Gleichwertigkeit der Einzelhandlungen. An dieser fehlt es aber immer dann, wenn in einem Falle Täterschaft, im anderen Beihilfe vorliegt, mögen auch beide sich auf dasselbe Strafgesetz beziehen.

6. Zulässigkeit der Vernehmung eines Mitangeklagten als Zeuge, wenn er durch Abtrennung des Verfahrens gegen ihn als Angekl. ausgeschieden ist.

7. Irrevisibilität der im Ermessen des Tatrichters liegenden Entscheidung über Verbindung und Trennung mehrerer Verfahren.

8. Die Zurücknahme der Berufung kann weder widerrufen noch als irrtümlich angefochten werden.†)

I. Zur Rev. des Angekl. Bal. Der Verteidiger hat in der Hauptverhandlung mildere Bestrafung und „Wegfall des Ehrverlustes" beantragt, der Angekl. selbst hat um milde Bestrafung gebeten. Diese Anträge schlossen einen Antrag auf Zubilligung mildernder Umstände nicht in sich, auch in der Beschränkung der Berufung auf das Strafmaß war ein solcher Antrag nicht enthalten. Das BG. war deshalb nicht genötigt, sich darüber auszusprechen, daß und warum es mildernde Umstände nicht angenommen hat (§ 267 Abs. 3 S. 2 StPO.). Gleichwohl hat es dargelegt, daß es eine Geldstrafe gemäß § 263 Abs. 2 StGB. nicht für ausreichend erachte.

II. Zur Rev. des Angekl. Bar.

Fehlerhaft war es, daß das BG. in allen anderen Fällen den Schuldspruch des SchöffG. schlechthin übernommen und nur das Verhältnis der Einzeltaten zueinander nachgeprüft hat. Es befand sich dabei in dem Rechtsirrtum, Bar. habe insoweit die Berufung auf das Strafmaß beschränkt. Das war jedoch nicht der Fall. Denn er hat erklärt, er beschränke die Berufung auf die Frage, „ob eine fortgesetzte Handlung vorliege und auf das Strafmaß". Insoweit als er geltend machte, das SchöffG. habe zu Unrecht Tatmehrheit angenommen, hat er den Schuldspruch angefochten. Denn die Frage des Verhältnisses mehrerer Straftaten zueinander gehört in das Gebiet der Schuldfrage. Diese kann aber nur einheitlich entschieden werden (RGSt. 63, 357, 359; 64, 151, 153). Die Beschränkung der Ber. war daher wirkungslos. In der neuen Verhandlung sind alle tatsächlichen Feststellungen in den genannten Fällen von neuem zu treffen.

III. Zur Rev. des Angekl. St.

1. Die Rev. stützt eine Rüge auf § 338 Nr. 7 StPO. insofern, als im angef. Urt. v. 29. April 1929 zur Erläuterung der Eigenart der sog. Einsponngeschäfte auf den allgemeinen Teil des Urt. desselben Gerichts v. 28. März 1929 verwiesen ist. Richtig ist zwar, daß eine Verweisung auf die Feststellungen eines gegen andere Angekl. ergangenen Urt. an sich nicht zulässig ist. Allein diese Verweisung ist nicht so zu verstehen, daß das BG. die Feststellungen seines früheren Urt. ungeprüft hingenommen hätte, sondern in dem Sinne, daß es hinsichtlich des von den Angekl. bei den betrügerischen Geschäften geübten Verfahrens dieselben Methoden festgestellt hat, wie bei der anderen Verhandlung. Verwiesen wurde auf die allgemeinen Ausführungen jener anderen Entsch. nur, um eine Wiederholung zu ersparen. Dieses in Bezug genommene Urteil wurde deshalb als Anlage behandelt und demjenigen v. 29. April 1929 als solche beigefügt. Zum Zwecke der Zustellung wurden beide gedruckten Urteile in einem Heft vereinigt. Damit ist der in Bezug genommene Teil des früheren Urteils zu einem Bestandteil des späteren geworden. Es brauchte deshalb auf der Zustellungsurkunde v. 18. Juli 1929 nicht noch besonders vermerkt zu werden, daß auch eine Ausfertigung des Urt. v. 28. März 1929 zugestellt worden sei.

Demnach ist der RevGrund des § 338 Nr. 7 nicht gegeben.

2. Der Angekl. hat in der Hauptverhandlung den Antrag gestellt, seinen früheren Angestellten Eduard W. u. a. über die Tatsachen zu vernehmen, für die schon der Zeuge Au. benannt war; nämlich darüber,

a) daß Au. ohne Vermittlung und sogar unter ausdrücklicher Umgehung des St. die Nähseide an Z. verkauft und daß St. von Au. lediglich wegen seiner Ausschaltung 300 *RM* als entgangenen Gewinn gefordert habe,

b) daß ein Schiedsgericht aus den Herren Wr. und Gr. dem Angekl. St. den Betrag von 300 *RM* zugebilligt habe, weil er von Au. und Z. übergangen worden sei.

Zu **9.** Die Besprechung gliedert sich nach den vorangestellten acht Punkten.

Zu 1. Zustimmend. Obwohl mildernde Umstände an sich nichts anderes als Strafzumessungsgründe sind, so werden sie doch mehrfach, sowohl materiell als prozessual, von sonstigen Zumessungsgründen abweichend behandelt. Materiell, indem bei Annahme von m. U. eine mildere Strafsatzung Platz greift. Gleichstellung von m. U. mit einem Privilegierungsgrunde nur in dem technisch verfehlten § 213 StGB. Prozessual, indem unter den Voraussetzungen des § 267 Abs. 3 Satz 2 StPO. die Urteilsgründe die über die m. U. getroffene Entsch. ergeben müssen; nach früherem Rechte war gem. § 297 StPO. den Geschworenen eine Nebenfrage auf m. U. vorzulegen. „Milde Bestrafung" im Gegensatz zu strengerer Ahndung kann sowohl in Anwendung des normalen als des bei m. U. eintretenden besonderen Strafrahmens erfolgen. Daher enthält die Bitte um milde Bestrafung nicht den Antrag auf Zubilligung von m. U. Ebensowenig trifft das bei Beschränkung der Berufung auf das Strafmaß zu. Auch die Bitte des Angekl. um Wegfall des Ehrenverlustes schließt einen solchen Antrag nicht ein.

Zu 2. Wird Verurteilung wegen realer Konkurrenz nur deshalb angefochten, weil nicht fortgesetztes Delikt angenommen worden sei, so ist das gewiß nicht Berufung nur zur Straffrage. Aber es fragt sich, ob es nicht *zulässig* beschränkte Berufung usw. zur Schuldfrage ist, so daß der Berufungs-, Revisionsrichter nur nachzuprüfen hätte, ob die mehreren durch Intervalle getrennten Begehungen durch einen Gesamtvorsatz usw. zur Verbrechenseinheit verbunden seien oder nicht.

Der Standpunkt des RG. ist, daß das Rechtsmittel *niemals* auf einen Teil der Schuldfrage beschränkt werden könne. Das ist bei Beziehung der Schuldfrage auf die Einzelbegehung i. S. der Verwirklichung eines einheitlichen Deliktstatbestands auch zweifellos richtig. Ideale Konkurrenz aber ist, wie die reale, Deliktsmehrheit. Daher kann Berufung sehr wohl darauf gestützt, beschränkt werden,

Das BG. hat den Beweisantrag mit der Begründung abgelehnt, daß das Zeugnis eines früheren Angestellten des Angekl. das bisherige Beweisergebnis nicht zu erschüttern vermöge, zumal auch der Zeuge Au. wegen Verdachts der Mittäterschaft unbeeidigt geblieben sei. Diese Begründung hält der Rev. nicht stand, denn sie schließt eine unzulässige Vorwegnahme des Beweisergebnisses in sich. Ob der benannte Zeuge glaubwürdig war, konnte erst bei seiner Vernehmung beurteilt werden. Auf keinen Fall konnte sein Zeugnis von vornherein als völlig wertlos nur deshalb angesehen werden, weil er früher beim Angekl. angestellt war. Daraus, daß Au. der Mittäterschaft verdächtig befunden wurde, ergab sich nicht einmal mit Notwendigkeit die Unglaubhaftigkeit seiner eigenen Aussagen, geschweige denn die des neu benannten Zeugen. Auf die weitere nur im Urt. gegebene Begründung der Verschleppungsabsicht ist nicht einzugehen, weil bei der Verkündung des den unbedingten Beweisantrag ablehnenden Gerichtsbeschlusses dieser Grund nicht bekanntgegeben worden ist.

IV. Zur Rev. des Angekl. Schei.

Die Rev. erhebt gegen die Verurteilung den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache und verweist auf die Akten 27 J 1457/24, wonach der Angekl. am 4. Febr. 1929 wegen fortgesetzter Beihilfe zum Betrug zu Gefängnis verurteilt ist. Ein Fortsetzungszusammenhang zwischen diesen und den jetzt zur Beurteilung stehenden Straftaten, der von der Rev. geltend gemacht wird, ist aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen, weil der Angekl. dort der Beihilfe zum Betrug für schuldig befunden, hier aber als Täter verurteilt wurde. Zu den Voraussetzungen der Fortsetzungstat gehört vor allem die Gleichwertigkeit der Einzelhandlungen, die nur dann vorliegen kann, wenn durch jede von ihnen dasselbe Rechtsgut verletzt oder gefährdet ist und alle den Tatbestand der nämlichen Straftat enthalten (RGSt. 51, 305, 308). Die Verschiedenheit der Ausführungsart steht dem zwar nicht notwendig entgegen. Es fehlt aber immer an der Gleichartigkeit, wenn im einen Falle Täterschaft, im anderen Beihilfe vorliegt, mögen auch beide sich auf dasselbe Strafgesetz beziehen. Dadurch wird sogar die vorausgesetzte Einheitlichkeit des Vorsatzes in Frage gestellt, da bei der Täterschaft der Vorsatz auf Begehung der Straftat als eigener Tat gerichtet ist, der Wille des Gehilfen aber nur dahin geht, die Haupttat eines anderen zu unterstützen. Bei einer solchen Verschiedenheit der Begehungsform gehen die Richtungen des verbrecherischen Willens auseinander, in beiden Fällen werden verschiedene Ziele verfolgt.

Demnach war die Strafklage nicht verbraucht.

V. Zur Rev. des Angekl. L.

Auf einen Verfahrensverstoß des SchöffG. kann die Rev. nicht gestützt werden, da das jetzige Urt. ausschließlich auf der Berufungsverhandlung beruht. Die Behauptung, daß das BG. seine Überzeugung aus den vor dem SchöffG. gemachten Aussagen des Sta. und Fr. geschöpft habe, findet weder im Urt. noch im Sitzungsprotokoll eine Stütze. Sta. ist vielmehr in der Berufungsverhandlung von neuem vernommen worden, im übrigen sind die Aussagen, die Fr. in der Voruntersuchung gemacht hat, dem Urt. zugrunde gelegt. Die Verlesung des Protokolls des Untersuchungsrichters ist nicht gerügt.

Die Verurteilung des BeschwF. beruht übrigens nicht

---

daß zu Unrecht ein ideal konkurrierendes Delikt angenommen oder nicht angenommen worden sei, und es wird von der Berufung das nicht angenommene Delikt auch nicht ergriffen (anders bekanntlich die Praxis des RG.). Im Falle der Idealkonkurrenz ist das konkrete Geschehnis wohl für die natürliche Betrachtung eine Einheit, rechtlich aber eine Doppelheit. Dagegen bleibt das qualifizierte, privilegierte Delikt auch im Rechtssinne eine Einheit, und es kann daher Berufung usw. nicht lediglich auf Annahme, Nichtannahme des Qualifikations-, Privilegierungsgrundes gestützt werden.

Das in Intervallen sich abspielende fortgesetzte Delikt ergibt in den Einzelakten abgeschlossene Deliktstatbestände, während das Ganze wegen des die Einzelglieder verbindenden Gesamtwillens Verbrechenseinheit bleibt. Das RG. betrachtet das Ganze als einheitliches, untrennbares Schuldfrageobjekt, so daß Beschränkung der Berufung, Revision auf Nachprüfung der Frage, ob die im Urteil angenommenen Einzelakte eine Verbrechenseinheit i. S. fortgesetzten Delikts oder eine Realkonkurrenz von Verbrechen darstellen, für unzulässig und wirkungslos erklärt, die sachliche Beschwerde als unbeschränkt erhoben angesehen wird und somit für den Rechtsmittelrichter auch die Feststellungen der Einzelakte im angefochtenen Urteil ihre bindende Kraft verlieren[1]).

Indes erheben sich doch gegen eine Einheitsannahme in dieser Tragweite, der auch ich mich angeschlossen hatte (JW. 1926, 2540/41), bei wiederholter Erwägung Bedenken. Es ist doch ein auffälliges Ergebnis, daß der Staatsanwalt, der gegen die Einzelfeststellungen nichts zu erinnern hat, die Zusammenfassung zu fortgesetztem Delikt nur auf die Gefahr hin durch Berufung, Revision bekämpfen kann, daß volle Freisprechung erfolgt und der wegen realer Konkurrenz verurteilte Angekl., obwohl er sich durch die Einzelfeststellungen nicht beschwert fühlt, durch seine Berufung wegen Nichtannahme fortgesetzten Delikts die von ihm gar nicht angestrebte Chance der Freisprechung erlangt.

Der Angekl., um nur dessen entsprechendes Rechtsmittel ins Auge zu fassen, bestreitet die festgestellten Einzeldelikte als solche weder nach dem äußeren, noch dem inneren Tatbestand, er behauptet nur, daß sie als Teilmanifestationen eines Gesamtwillens zu betrachten seien. Kann diese Prüfung nicht vom Boden der festgestellten Einzelbegehungen aus erfolgen? Würde dann der BerR. — im Falle der Rev. der Richter, an den zurückzuverweisen war — nicht die Überzeugung des behaupteten Zusammenhanges gewinnen, so hätte er es eben bei der Realkonkurrenz gemäß dem angef. Urt. zu belassen.

Doch soll die Frage hier nicht zum Austrag gebracht werden. Jedenfalls darf die Einheit der Schuldbeurteilung nicht zu einem formellen Axiom gemacht werden, sie ist berechtigt nur, soweit ihr innere Gründe zur Seite stehen.

Zu 3. **Zustimmend.** Die Verweisung auf den allgemeinen Teil des früheren Urt. war im gegebenen Falle, so wie geschehen, zulässig. Der Umfang der Bezugnahme ist klar erkennbar. Der Hinweis dient zur Charakterisierung einer im Rechtsleben öfters vorkommenden *Geschäftsform*, nicht wird durch ihn die pflichtmäßige eigene Feststellung der konkreten Begehung ersetzt, vielmehr konstatiert das Urt., daß ein jenem durch Bezugnahme auf das frühere, als Anlage behandelte Urt. zweifelsfrei bestimmten Typus entsprechendes Geschäft geschlossen worden sei. Welchem Zwecke durch wiederholte Beschreibung der Geschäftsart gedient wäre, ist nicht abzusehen.

Muß es auch mit dem Begründungserfordernis genau genommen werden, so braucht es doch nicht gepreßt zu werden. Entsprechend hat das RG. in neueren Entsch. (RGSt. 59, 78 und 427; GoltdArch. 69, 406) eine der Tragweite nach unzweideutige Bezugnahme auf die Gründe des ersten Urt. für zulässig erklärt, soweit der BerR. zu denselben tatsächlichen Feststellungen wie der erste Richter gelangt ist. Dafür spricht hier noch der innere Grund, daß dem BerR. im ersten Urt. ein *Gegebenes* vorliegt, das auf seine tatsächliche (und rechtliche) Haltbarkeit hin geprüft werden soll.

Zu 4. **Zustimmend.** Die Unzulässigkeit der Beweisantizipation ist anerkannten Rechtens (zahlreiche Entsch. des RG.).

Der Beweisantrag durfte nicht wegen präsumtiver Fruchtlosigkeit abgelehnt werden. Die Tatsache, daß der Zeuge Angestellter des Angekl. war, begründet nicht die Vermutung, daß er zu dessen Gunsten falsch aussagen werde. Nur bei Hinzutreten besonderer Umstände (nahes eigenes Interesse am Ausgange des Prozesses und dergleichen) könnte, soweit das Gericht über den Beweisantrag *nach Ermessen* zu entscheiden hat (also nicht unter den Voraussetzungen des § 245 Abs. 1 StPO.), Wertlosigkeit der Aussage eines solchen Zeugen angenommen werden.

Das Gericht kann die Begründung, unter der es einen Beweisantrag abgewiesen hat, nicht nachträglich im Urt. durch eine weitere Erwägung ergänzen. Mit dem Urteilserlaß ist der Ablehnungsbeschluß samt seiner Begründung eine perfekte Prozeßtatsache geworden, die für das Gericht unverrückbar feststeht.

Zu 5. **Zustimmend.** Ein Fortsetzungszusammenhang zwischen Beihilfe und nachfolgender Täterschaft ist unmöglich, weil es an einem Gesamtwillen fehlen würde, in dem der auf den Beihilfeakt gerichtete und der später gefaßte, auf die Begehung gerichtete Wille als Teilentschlüsse enthalten wären. In einer solchen Willenseinheit liegt das die mehreren Teilakte zur Fortsetzung verkettende Band. Abzulehnen die vom RG. wiederholt (RGSt. 16, 25 ff.; 32, 355; 56, 170) vertretene Auffassung, daß auch der Wille des Gehilfen auf das Zustandekommen der von ihm geforderten Straftat gerichtet sei. Man kann nicht wollen, nur wünschen, daß ein anderer etwas tue. Würde das RG. beim Wort genommen, so wäre es nicht gehindert, Beihilfe und Täterschaft in Fortsetzungszusammenhang zu stellen, denn in dem Wollen des Verbrechens wäre dann der Gesamtwille gegeben. Aber dieser Fortsetzungsannahme tritt das RG. mit Recht, auch in dem gegebenen Falle, entgegen.

Ob die Taten, wegen deren der Angekl. Sch. durch das angef. Urt. v. 28. März 1929 verurteilt worden ist, vor oder nach dem Urt. v. 4. Febr. 1929, das ihn wegen fortgesetzter Beihilfe zum

---

[1]) Die in der Entsch. angef. Urt. RGSt. 63, 357, 359 und 64, 151, 153 beziehen sich nicht auf die Frage fortgesetztes Delikt — Realkonkurrenz. Bei jenem Urt. kam Idealkonkurrenz statt Deliktseinheit, bei diesem ein straferhöhendes Merkmal in Betracht.

auf den durch Protokollverlesung festgestellten Aussagen des Fr., wie sich aus dem Satze im BU. (S. 19 des Abdrucks) ergibt: „Aber auch abgesehen von der Aussage des Fr. in der Voruntersuchung wird L. durch die Angaben des Sta. und die innere Wahrscheinlichkeit seiner planmäßigen Mitwirkung überführt.“

Der Verteidiger des BeschwF. hat in der Sitzung vom 22. März 1929 den Antrag gestellt, Fr. als Zeugen zu laden und im Falle der Unmöglichkeit der Ladung (die damals vorlag) das Verfahren gegen L. abzutrennen und erneut zu verhandeln, sobald Fr. zurückgekehrt und seine Ladung (gemeint ist die Ladung als Zeuge) möglich sei. Dieser Antrag ist mit der Begründung abgelehnt worden, daß Fr. noch Angekl. in dieser Sache sei und daher nicht als Zeuge vernommen werden könne. Diese Begründung steht allerdings in Widerspruch mit der damaligen Prozeßlage. Das Verfahren gegen Fr. war durch Gerichtsbeschluß v. 4. Febr. 1929 abgetrennt worden. Demnach war Fr. aus diesem Verfahren als Angekl. ausgeschieden, so daß seine Vernehmung als Zeuge verfahrensrechtlich zulässig gewesen wäre (RGSt. 52, 138, 140). Der Angekl. L. beschwert sich jedoch nicht über die Ablehnung der Vernehmung des Fr. als Zeugen, er bestreitet sogar, daß der Antrag seines Verteidigers darauf gerichtet war. Vielmehr behauptet er, daß sein Antrag nur dahin gegangen sei, gleichzeitige Verhandlung gegen ihn und Fr. durch dessen Vorführung nach § 236 StPO. zu ermöglichen und zu diesem Zwecke auch die Sache gegen L. abzutrennen. Ein solcher Antrag aber ist tatsächlich nicht gestellt worden, und damit ist der hierauf bezüglichen Rüge der Boden entzogen. Sie hätte übrigens auch nicht durchgreifen können. Denn ein Angekl. hat kein Recht auf Anwesenheit eines ausgebliebenen Mitangeklagten, namentlich nicht darauf, daß das Gericht diesem gegenüber von seinen Befugnissen nach § 236 StPO. Gebrauch macht. Sodann sind die Entsch. über Verbindung und Trennung (§§ 2, 237 StPO.) ganz dem Ermessen des Tatrichters überlassen, so daß sie aus diesem Grunde mit der Rev. nicht angefochten werden könnten.

VI. Zur Rev. des Angekl. Schl.

Der BeschwF., der zunächst am 15. Aug. 1928 unbeschränkt Berufung eingelegt hatte, hat am ersten Verhandlungstag v. 4. Febr. 1929 die Berufung ohne Vorbehalt auf das Strafmaß beschränkt. Damit hat er das Rechtsmittel, soweit es sich auf den Schuldspruch bezog, zurückgenommen. Die Zurücknahme war wirksam; ob die Erklärung vor oder nach Beendigung der Verlesung des Urt. des ersten Rechtszuges abgegeben wurde, ist ohne Bedeutung. Die einschränkende Erklärung v. 8. Febr. 1929 dagegen, daß er die Berufung auf das Strafmaß und auf die Frage der Teilnahmeform beschränke, konnte keine Wirkung mehr ausüben. Denn die Zurücknahme konnte weder widerrufen noch auch als irrtümlich angefochten werden (RGSt. 57, 83). Durch die Unterlassung der Prüfung der Schuldfrage ist demnach das Gesetz nicht verletzt worden.

(2. Sen. v. 20. Nov. 1930; 2 D 174 u. 176/30.) [A.]

10. §§ 73, 250 Nr. 1 StGB.; §§ 15 Abs. 1, 25 Abs. 1 Nr. 2 SchußwG.; §§ 141, 34, 35, 238 Abs. 1, 265 Abs. 4 StPO.

1. Ein rechtzeitig gestellter Antrag eines Angekl. auf Bestellung eines Verteidigers nach

---

Betruge verurteilt hatte, begangen waren, ist aus den Gründen nicht zu ersehen. Die Frage wäre unter der Voraussetzung, daß zwischen jener Beihilfe und Täterschaft ein Fortsetzungszusammenhang an sich bestehen könnte, erheblich. Das Urt. begründet eine juristische Zäsur, so daß, was nachher noch geschieht, selbständig strafbar ist, während ein vor dem Urt. liegender, aber nicht mit abgeurteilter Einzelakt fortgesetzten Delikts als konsumiert zu erachten wäre.

Fällt der bisherige Gehilfe im Fortgange seiner deliktischen Betätigung aus der Rolle, indem er nun Mittäter oder alleiniger Täter wird, so ist er lediglich als solcher zu verurteilen. Die früher geleistete Beihilfe ist durch die Begehung, Mitbegehung des Delikts konsumiert und kommt nur für die Strafzumessung in Betracht. Dabei aber zu beachten, daß die Vornahme der sog. Haupthandlung dann Beihilfe bleibt, wenn sie, wie insbes. bei Zweckdelikten möglich [2]), nicht in einem Täterwillen gründet, nicht Täterschaft ergibt. Tötet X., der bisher dem Y. zur Ermordung des Z. nur geholfen hatte, selbst das Opfer, so ist das notwendig Täterschaft. Stiftet A., der dem B. zur Verübung eines Brandversicherungsbetrugs Beihilfe bereits geleistet hatte, dann selbst den Brand, ohne daß in seiner Person die vom § 265 StGB. erforderte betrügerische Absicht gegeben wäre, so bleibt er Gehilfe zum Brandversicherungsbetrug. In diesem Falle wäre zwischen den früheren Beihilfeakten und der nunmehrigen sog. Haupthandlung Fortsetzungszusammenhang sehr wohl möglich.

Zu 6. Im Ergebnis zustimmend. Die Verlesung des Protokolls des Untersuchungsrichters über die Aussagen, die der Zeuge F. in der Voruntersuchung gemacht hatte, wäre nur unter den Voraussetzungen des § 251 StPO. zulässig gewesen. Die Gestattung der Verlesung von Schriftstücken in der Berufungsverhandlung gem. § 325 Halbsatz 1 StPO. bezieht sich — unbestritten — nur auf solche Schriftstücke, die auch in erster Instanz hätten verlesen werden dürfen, also auf Protokolle über Zeugenaussagen im Vorverfahren auch nur in dieser Beschränkung. Die weitergehende Bestimmung in Halbsatz 2 des § 325 ist vorliegend unerheblich.

Der Prozeßverstoß ist aber — auch abgesehen von der fehlenden Kausalität für das BU. (§ 337 Abs. 1 StPO.) — schon deshalb unbeachtlich, weil er von der Revision nicht gerügt worden ist (§ 352 Abs. 1 StPO.).

Beteiligung mehrerer an einem Delikte ergibt einen inneren Zusammenhang der Strafansprüche gegen sie, beruhend auf der anteiligen Haftung. Folglich im gemeinsamen Verfahren gegen die Komplizen nicht Zeugenvernehmung des einen gegenüber dem andern. Begünstiger und Hehler sind zwar nicht Teilnehmer am Delikt, aber es besteht für sie eine der Komplizität analoge Beteiligung am Vordelikt. Folglich im gemeinsamen Verfahren nicht Zeugenvernehmung des Begünstigers usw. im Verhältnisse zum Täter, Teilnehmer und nicht umgekehrt.

Mit Trennung der Strafsachen (§§ 4, 13 StPO.) fällt das Hindernis.

Bloße, nicht auf Komplizität beruhende Konnexität der Strafsachen (§ 237 StPO.) steht der Zeugenvernehmung des Mitangekl. nicht entgegen, wenn auch dabei bestimmte Vorschriften der StPO. Modifikationen erleiden (Oetker: GoltdArch. 26, 118; weitere Literatur bei Löwe-Rosenberg zu Buch I Abschn. 6 Bem. 3a StPO.). Da die Verlesung des Eröffnungsbeschlusses und die Vernehmung des Angekl., hier des Mitangekl., in Abwesenheit der zu vernehmenden Zeugen zu geschehen hat (§ 243 Abs. 4 StPO.), so ist durch getrennte Verlesung der Eröffnungsbeschlüsse gegen den einen, den anderen Angekl. und durch deren getrennte Vernehmung, je in Abwesenheit des Mitangekl., der zugleich Zeuge ist, Rat zu schaffen. Zu möglichster Wahrung des § 59 Abs. 1 StPO. (Vernehmung des Zeugen in Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen) mag man den Zeugen, der zugleich in der anderen Sache Angekl. ist, an erster Stelle vernehmen usw.

Das RG. erachtet auch bei bloßer Konnexität die Zeugenvernehmung eines Mitbeschuldigten für unzulässig (RGSt. 46, 89 usw.). Aber das RG. muß doch, wenn ein Nebenkl. zur Sache gegen A. zugleich Zeuge in dieser Sache ist, was mit Recht zugelassen wird, dem Nebenkl. das Recht der Anwesenheit während der ganzen Verhandlung gegen A. einräumen (RGSt. 25, 177), also auch während der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses und der Vernehmung des Angekl. A. usw. Sonach ist kein Grund ersichtlich, an der Vereinigung lediglich von Mitbeschuldigten- und Zeugenrolle im Konnexitätsfalle Anstoß zu nehmen, indem sich hier die für den Zeugenbeweis gegebenen Vorschriften regelmäßig einhalten lassen.

Im gegebenen Falle war das Verfahren gegen den Mitbeschuldigten, dessen Zeugenvernehmung beantragt wurde, abgetrennt worden, so daß auch nach der Ansicht des RG. die Vernehmung zulässig gewesen wäre (RGSt. 52, 138 ff.). Die Ablehnung der Zeugenvernehmung ist aber nicht zum Gegenstande einer RevBeschw. gemacht worden.

Zu 7. Zustimmend. Daß ein Angekl. nicht die Vorführung eines Mitangekl. (§ 236 StPO.) beanspruchen kann und die Ermessensentscheidungen über Verbindung und Trennung von Strafsachen nicht revisibel sind, ist zweifellos zutreffend.

Zu 8. Die Zurücknahme eines Rechtsmittels kann, wie der Verzicht darauf, wohl in continenti durch gegenteilige Erklärung, weil nur versehentlich, übereilt abgegeben, entkräftet, nicht aber, wenn einmal wirksam geworden, widerrufen werden. Das gilt auch für teilweise Rücknahme.

Eine Anfechtung nach § 119 BGB., weil die Erklärung inhaltlich dem Willen der Partei nicht entsprochen habe, ist ausgeschlossen. Nur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand käme in Betracht, wenn der Verzicht, die Zurücknahme durch unverschuldeten Irrtum bestimmt sein sollte. Mit dieser Maßgabe ist der Praxis des RG., die eine einmal abgegebene Verzichts-, Rücknahmeerklärung, die als verfahrensrechtliche Handlung Rechtswirksamkeit erlangt habe, für schlechthin verbindlich erklärt, zuzustimmen (vgl. Oetker: JW. 1929, 51).

Geh. Rat Prof. Dr. Oetker, Würzburg.

---

[2]) Vgl. dazu Oetker: GerS. 94, 16 ff.

§ 141 StPO. muß vor der Hauptverhandlung beschieden und dem Angekl. so zeitig bekanntgemacht werden, daß er in der Lage ist, gegen die ablehnende Entsch. von dem ihm zustehenden Beschwerderecht Gebrauch zu machen oder einen Wahlverteidiger beizuziehen.

2. Wird einem rechtsunkundigen Angekl. die Ablehnung eines rechtzeitig gestellten Antrags auf Bestellung eines Verteidigers so spät bekanntgemacht, daß er zur Herbeiführung einer Änderung des Beschlusses im Beschwerdeweg oder zur Beiziehung eines Wahlverteidigers nicht mehr in der Lage ist, dann muß der Vorsitzende ihn auf die ihm nach § 265 Abs. 4 StPO. zustehende Befugnis hinweisen, die Aussetzung der Hauptverhandlung zu verlangen.

3. Führt der Täter i. S. des § 25 Abs. 1 Nr. 2 und des § 15 Abs. 1 SchußwG. ohne einen Waffenschein eine Schußwaffe nur zu dem Zwecke, um sie zur Begehung einer anderen strafbaren Handlung, etwa eines schweren Raubes zu verwenden, so trifft die andere strafbare Handlung mit dem Schußwaffenvergehen in der Regel tateinheitlich zusammen.†)

Der Angekl., der vom SchöffG. wegen schweren Raubes und unerlaubter Führung einer Schußwaffe zu einer Gesamtzuchthausstrafe von 8 Jahren 3 Monaten und zu Nebenstrafen verurteilt worden war und gegen dieses Urteil Berufung eingelegt hatte, beantragte in einem aus dem Untersuchungsgefängnis an das „Schöffengericht A III" gerichteten Schreiben v. 7. Dez. 1930, ihm einen Verteidiger zu bestellen und ihn auf seinen Geisteszustand zu untersuchen, da er „erblich leide und dazu durch schwere Verschüttungen im Krieg 80% erwerbsunfähig und als dienstuntauglich wegen Nervenleiden entlassen werden mußte". Der Vorsitzende des SchöffG. eröffnete ihm am 11. Dez. 1930, daß über seine Anträge vom BG. entschieden werde, und benachrichtigte außerdem von dem Schreiben den Gerichtsarzt. Termin zur Hauptverhandlung vor dem BG. wurde auf den 12. März 1931 anberaumt. Erst am 10. März 1931 erließ die StrK. einen Beschluß dahin, daß dem Angekl. kein Verteidiger von Amts wegen bestellt werde, „da hierzu die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen". Die Ausfertigung des Beschlusses wurde dem Angekl. erst am Tage der Hauptverhandlung vor dem BG., und zwar nach seiner glaubhaften Angabe erst nach der Verhandlung zugestellt. Beim Beginn der Hauptverhandlung wurde ihm vom Vorsitzenden eröffnet, daß sein Antrag auf Bestellung eines Verteidigers abgelehnt sei. Der Gerichtsarzt wohnte der Verhandlung als Sachverständiger bei.

Die Rev. erblickt hierin mit Recht eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung des Angekl.

Der Angekl. durfte, insbes. im Hinblick auf die Eröffnung des Vorsitzenden des SchöffG. v. 11. Dez. 1930, damit rechnen, daß entweder seinem Antrage auf Bestellung eines Verteidigers von Amts wegen gem. § 141 StPO. stattgegeben oder er von einer Ablehnung des Antrags in einem Zeitpunkt benachrichtigt werde, der ihm die Ausübung seines Beschwerderechts oder die Beiziehung eines Wahlverteidigers ermögliche. Statt dessen wurde ihm die Ablehnung seines Antrags erst in der Hauptverhandlung selbst eröffnet. Überdies gibt die Begründung der Ablehnung zu Bedenken Anlaß. Die StrK. hat offenbar nur den Fall der notwendigen Verteidigung vor Augen gehabt, nicht aber die im § 141 StPO. vorgesehene Bestimmung, deren Anwendbarkeit bei der gegebenen Sachlage immerhin nicht ohne weiteres als ausgeschlossen erachtet werden kann. Der Angekl. hätte nun allerdings gem. § 265 Abs. 4 StPO. Aussetzung der Verhandlung zur besseren Vorbereitung der Verteidigung beantragen können. Allein einer rechtsunkundigen, überdies in Untersuchungshaft befindlichen Person kann nicht zugemutet werden, daß sie alle ihr gesetzlich zustehenden Befugnisse kennt und von ihnen jederzeit einen sachgemäßen Gebrauch macht. Es wäre daher Pflicht des Vorsitzenden gewesen, festzustellen, ob der Angekl. nach Ablehnung seines Antrags auf Bestellung eines Verteidigers noch eine angemessene Frist für die Beiziehung eines Wahlverteidigers haben wollte und zu diesem Zwecke eine Aussetzung der Verhandlung wünschte. Dies gilt um so mehr, als gem. § 265 Abs. 4 StPO. das Gericht auch von Amts wegen zu prüfen hatte, ob nicht im Hinblick auf die durch die verspätete Ablehnung des Antrags geschaffene Sachlage eine Aussetzung der Verhandlung geboten sei (vgl. RGSt. 48, 386 [387 unten]; 57, 147/148).

In sachlich-rechtlicher Hinsicht besteht — bei Zugrundelegung des bisher festgestellten Sachverhaltes — kein Bedenken gegen die Anwendung der §§ 249, 250 Nr. 1 StGB. und gegen die Verneinung des Entschuldigungsgrundes des § 52 StGB. Auch die Anwendung der §§ 15, 25 SchußwG. ist an sich nicht zu beanstanden. Zweifel bestehen aber nach der Richtung, ob das BG. mit Recht zwei selbständige Handlungen angenommen hat. Führt der Täter i. S. des § 25 Abs. 1 Nr. 2 und des § 15 Abs. 1 SchußwG., ohne einen Waffenschein erwirkt zu haben, außer-

---

Zu 10. Das RG. hat sich schon mehrfach mit der Frage der Konkurrenz der §§ 15, 25 Nr. 2 SchußwG. mit anderen Straftaten beschäftigt. Dabei ist es stets von den in RGSt. 59, 359 ausgesprochenen Grundsätzen ausgegangen. Dort ist gesagt, daß Tateinheit dann vorliegt, wenn die beiden Handlungen durch einen von vornherein bestehenden einheitlichen Willen zu einer natürlichen Handlungseinheit zusammengeschlossen sind. Dagegen soll Tatmehrheit vorliegen, wenn der Entschluß zur Begehung der anderen Straftat erst während des Führens der Waffe gefaßt wird. So hat RG.: Recht 1930 Nr. 469, 470 ausgesprochen, daß das unbefugte Waffenführen mit einem unter Verwendung der Waffe unternommenen Totschlag mindestens dann nicht in Tateinheit stehe, wenn der Entschluß, einen bestimmten Menschen zu töten, erst während des unbefugten Führens der Waffe gefaßt worden ist. In derselben Entsch. ist zwischen schwerem Diebstahl nach § 243 Nr. 5 StGB. und unbefugtem Führen der bei ihm mitgeführten Schußwaffe Tateinheit angenommen worden; dies auch in einer Entsch. v. 25. Juni 1929, I 562/29. In RG.: JW. 1930, 2963 hat das RG. beim Zusammentreffen von unbefugtem Waffenführen mit erschwertem Jagdvergehen (§ 293 StGB.) Tateinheit angenommen, da der Angekl. „die Schußwaffe nur zum Zwecke der Verübung eines Jagdvergehens mit sich geführt, dabei mit dem einheitlichen auf Begehung eines Jagdvergehens mit Hilfe dieser Schußwaffe gerichteten Vorsatze gehandelt" habe. Dagegen ist in dieser Entsch. das Zusammentreffen mit Forstwiderstand (§ 117 Abs. 2 StGB.) als Tatmehrheit charakterisiert worden, da es an jedem Anhalt dafür fehle, „daß der Angekl. schon bei Beginn der Zuwiderhandlung gegen das SchußwG. den Vorsatz gehabt habe, mit der mitgeführten Waffe einem Forstbeamten Widerstand zu leisten".

Diese Rspr. setzt die vorliegende Entsch. mit der Feststellung fort, daß das Führen der Schußwaffe nur mit dem Zwecke, um sie zur Begehung einer anderen strafbaren Handlung, etwa eines schweren Raubes, nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB. zu verwenden, in der Regel mit der anderen strafbaren Handlung tateinheitlich zusammentrifft.

Gegen diese Rspr. hat schon Schneidewin (in Stenglein Bd. 2 S. 508, Anm. 7b zu § 25 SchußwG.) Bedenken geäußert. Mit aller Schärfe hat sich bei Besprechung des vorerwähnten Urteils des RG.: JW. 1930, 2963 Coenders gegen die Annahme von Tateinheit in diesen Fällen ausgesprochen. Seinen Ausführungen kann ich auch für die vorliegende Entsch. nur beitreten. Der Deliktstatbestand der §§ 15, 25 Nr. 2 SchußwG. ist erfüllt, wenn der Täter unter Führung einer Schußwaffe sein Haus verlassen hat. Damit ist das Handeln, das ihn der Strafe aussetzt, bereits vollendet. In welcher Absicht der Täter handelt, ob und zu welchem Zweck er von der Schußwaffe Gebrauch machen will, ist für den Tatbestand der §§ 15, 25 Nr. 2 SchußwG. ohne Bedeutung. Das Vergehen gegen diese Vorschriften ist bereits in sich vollendet, bevor es zur Begehung einer anderen strafbaren Handlung kommt. Mit Coenders ist anzunehmen, daß die Einheit des zugrunde liegenden Vorsatzes allein eine Deliktseinheit nicht begründen kann, also ohne Bedeutung ist.

Im Gegensatz zu der Auffassung des RG. wird daher in der Regel beim Zusammentreffen eines Vergehens gegen §§ 15, 25 Nr. 2 SchußwG. mit einer anderen strafbaren Handlung Tatmehrheit anzunehmen sein. Allerdings nur in der Regel. Eine Ausnahme bildet z. B. der dem RG.: DJZ. 1930, 1036 zugrunde liegende Fall, in dem der Angekl. im Kampfe mit einem anderen dessen Pistole an sich gerissen und sie mit Tötungsabsicht auf ihn abgedrückt, dann die Waffe auf der Flucht fortgeworfen hat. Mit Recht hat hier das RG. ausgesprochen, daß Ergreifung und Handhabung der Waffe nur zur Ausführung des bereits begonnenen Tötungsversuchs gedient haben und daß bei dieser Sachlage das „Führen" der Pistole geradezu in ihrem Gebrauch als Schußwaffe zum Zwecke der Tötung bestanden hat. In einem solchen Falle ist für die Annahme eines selbständigen Vergehens gegen §§ 15, 25 Nr. 2 SchußwG. kein Raum.

MinR. Dr. Hoche, Berlin.

halb seiner Wohnung eine Schußwaffe **nur zu dem Zwecke**, um sie zur Begehung einer anderen strafbaren Handlung, etwa eines schweren Raubes nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB. zu verwenden, so trifft die andere strafbare Handlung mit dem Vergehen gegen § 25 Abs. 1 Nr. 2 und § 15 Abs. 1 SchußwG. **in der Regel tateinheitlich** i. S. des § 73 StGB. zusammen (RGUrt. v. 25. Juni 1929, I 562/29; vgl. auch RGSt. 59, 359 [361]). Es hätte daher einer näheren Erörterung bedurft, weshalb im gegebenen Falle zwei selbständige Handlungen angenommen wurden.

(1. Sen. v. 19. Juni 1931; 1 D 577/31.) [A.]

****11.** § 89 StGB. **Einzelne, die Kriegsmacht benachteiligende Handlungen können als Landesverrat i. S. des § 89 StGB. nur angesehen werden, wenn sie sich als Teile eines Gesamtverhaltens darstellen, das auf Abwendung eines größeren Nachteils gerichtet ist.†)**

Das Urt. des SchöffG. M. v. 23. Dez. 1924 scheint ein „herbeigeschafftes Beweismittel" i. S. des § 245 StPO. gewesen zu sein. Trifft dies zu, dann wäre nach der Rspr. des RG. die Erstreckung der Beweisaufnahme auf dieses Beweismittel durch Anordnung der beantragten und nach § 249 StPO. zulässigen Verlesung des Urt. ohne Rücksicht auf die Erheblichkeit des Beweisthemas geboten gewesen; daß das Beweisthema außer jedem Zusammenhang mit der jetzt zu entscheidenden Strafsache stehe, kann selbstverständlich nicht angenommen werden (vgl. hierzu RGSt. 1, 225, 241; 45, 138).

Das Urt. des SchöffG. M., durch das der damalige Angekl. R. wegen Beleidigung nach § 185 StGB. verurteilt worden war, ist nicht nur vom Angekl. R., sondern auch vom StA. und vom RPräs. E. als Nebenkl. mit Berufung angefochten worden. Eine nach dem Tode des Nebenkl. durchgeführte Verhandlung vor dem BG. wurde nach einer sehr umfangreichen Beweiserhebung ausgesetzt; es wurden weitere Beweisanträge gestellt. Zu einer Entsch. des BG. ist es nicht gekommen, weil das Verfahren durch die VO. über Straffreiheit in Preußen v. 31. Aug. 1925 niedergeschlagen und infolgedessen durch den Beschl. des LG. M. v. 15. Sept. 1925 eingestellt worden ist. Das Urt. ist also nicht rechtskräftig geworden; seine Feststellungen sind zum Teil unter Angebot von Gegenbeweisen bestritten.

Wenn sich der Angekl. auch in der neuen Verhandlung wieder auf das Urt. beruft, müssen auch diese Tatsachen mit in Betracht gezogen werden. Sie können insbes. für die Beurteilung des inneren Tatbestands von Bedeutung sein.

Es ist gemeinkundig, daß der verstorbene RPräs. E. gegenüber dem gegen ihn erhobenen Vorwurf des Landesverrats geltend gemacht hat, er sei in die Leitung des von ihm nicht gewünschten Streiks vom Januar 1918 eingetreten und in ihr tätig geworden, um auf die von radikalen Elementen verhetzten Arbeiter wieder Einfluß zu gewinnen, sie wieder vaterländischen Gedankengängen zugänglich zu machen und so den Streik möglichst bald zu beendigen. Diesem Vorbringen ist u. a. mit der Behauptung begegnet worden, ein Arbeiterführer, der sich der Schädlichkeit eines Streiks für die Kriegsmacht bewußt sei und gleichwohl in die Streikleitung eintrete, in ihr tätig werde und damit den Streik irgendwie fördere, mache sich schon hierdurch nach der äußeren und inneren Seite des Landesverrats schuldig; auf die weitere Zweckbestimmung komme es nicht an. Diese Behauptung ist rechtsirrig.

Der Tatbestand des Landesverrats wird, soweit er hier in Betracht kommt, dadurch erfüllt, daß ein Deutscher vorsätzlich während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Kriegs der Kriegsmacht des Deutschen Reichs Nachteil zufügt (§ 89 StGB.). Gehört zum Tatbestand einer strafbaren Handlung das Merkmal der Zufügung eines Nachteils oder ein verwandtes Merkmal, wie etwa das „Verfügen zum Nachteil" (§ 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB.), so ist bei der Anwendung auf den Einzelfall zu prüfen, ob nicht dieselbe Handlung, die eine Beeinträchtigung enthält, einen Vorteil mit sich bringt, durch den die Beeinträchtigung aufgewogen oder überwogen wird. Dabei kann sich ein aus mehreren Einzelhandlungen bestehendes Verhalten bei natürlicher Betrachtung derart als äußere und innere Einheit darstellen, daß es unzulässig ist, aus diesem Gesamtverhalten bestimmte Einzelhandlungen willkürlich herauszugreifen und unabhängig von den anderen zu beurteilen. In solchen Fällen ist vielmehr das Gesamtverhalten auf den Beeinträchtigungsgehalt, also auch daraufhin zu prüfen, ob nicht eine „compensatio lucri cum damno" vorliegt. So ist in einem den § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. betreffenden Urt. des erk. Sen. zum Ausdruck gebracht, daß ein absichtliches (d. i. vorsätzliches) Handeln zum Nachteile des Auftraggebers in der Regel dann nicht anzunehmen sein wird, wenn eine zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammengefaßte Verwaltung eines Bevollmächtigten für den Auftraggeber zum Teil nützlich, zum Teil nachteilig ist, jedoch in einer Weise, daß der wirtschaftlich höher stehende Vorteil für den Auftraggeber nicht anders erreichbar ist, als auf dem Wege über einen an wirtschaftlicher Bedeutung zurückstehenden Nachteil (RGUrt. v. 10. Juli 1928, I 598/28 = Recht 1928 Nr. 2617). Auf einem verwandten Gedankengang beruht das Urt. des vereinigten 2. u. 3. StrSen. des RG. v. 5. April 1916, C 37/14, gegen den Großkaufmann P., und zwar in bezug auf das Merkmal des einer feindlichen Macht geleisteten Vorschubs. Der damalige Angekl. hatte zwei russischen Werken, deren sämtliche Aktien sich in seinem Besitz befanden und die u. a. Hufeisen, Hufstollen und Hufnägel sowie Sensen her-

---

Zu 11. Was das Urt. besonders interessant macht, ist der Umstand, daß der Tatbestand dem RG. Veranlassung gegeben hat, zu dem Beleidigungsprozeß des verstorbenen RPräs. Ebert wegen des Vorwurfs des Landesverrats Stellung zu nehmen. Die öffentliche Diskussion jenes Urt. hat die Landesverratsdogmatik außerordentlich befruchtet und die alte Erfahrung bestätigt, daß man am meisten aus Fehlern lernt. Graf zu Dohna: DJZ. 1925, 146 ff. machte den Magdeburger Richtern den Vorwurf, das Fundamentalsprinzip der Rechtswidrigkeitslehre übersehen zu haben und er formulierte: „Eine Handlung, deren Zweck es ist, ein Rechtsgut zu erhalten und zu fordern, kann nicht zugleich derjenigen Norm widerstreiten, die dieses Rechtsgut zu schützen berufen ist." Das in Frage stehende Prinzip gehört dem Problemkreis der neuerdings viel diskutierten materiellen Rechtswidrigkeit an, von der Heinitz, Materielle Rechtswidrigkeit (1926) S. 46 treffend bemerkt: „Handeln im Interesse und zum Wohle dessen, der durch die Norm geschützt werden soll, ist nicht rechtswidrig." Siehe zu dieser Frage insbes. auch Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente: GerS. 89, 249. In der neuesten (18.) Auflage hat Frank, III a. E. Vorbem. z. IV. Abschn. S. 144 das Fazit dieser Anschauung dahin zusammengefaßt: „Wer formell einem Verbot zuwiderhandelt, durch das bestimmte Interessen geschützt werden sollen, handelt ihm sachlich nicht zuwider, wenn seine Handlung eben diesen Interessen dienen soll und dient." Er wiederholt diesen Grundsatz in spezieller Anwendung auf den Landesverrat zu § 89 sub II, 2 S. 259. Wie verfehlt es ist, unter Berufung auf schädliche Teilwirkungen Landesverratsurteile zu gründen, hat mit Recht v. Weber, RG.-Festgabe, V S. 199, dargelegt.

Was das Urt. über den subjektiven Tatbestand sagt, entspricht in der Sache genau dem, was ich seinerzeit über die Lehren des Magdeburger Prozesses in der VossZtg. v. 8. Jan. 1925 (abgedr. bei Brammer, Der Prozeß des Reichspräsidenten, 1925, S. 193) ausgeführt habe. Ich habe mich dort gegen die Methode gewandt, einen einheitlichen strafrechtlichen Tatbestand unter Einschaltung von Zäsuren zu beurteilen, durch die Einzelhandlungen aus dem Zusammenhang gerissen werden. Bei einem einheitlich gedachten und einheitlich gewollten Handeln darf man nicht, so schrieb ich damals, da eine Zäsur machen, wo der vollendete Deliktstatbestand vorliegt, unangesehen, ob das weitere Handeln des Täters den zunächst von ihm erzielten Erfolg als nicht gewollt erweist, weil eben das von vornherein gewollte weitere Handeln diesen primären Erfolg vernichten sollte. Die in diesem Satz abgelehnte Methode ist gerade gegenüber einem Landesverratsdelikt nicht am Platze. Denn der Landesverrat ist, wenn auch nicht formell, so doch materiell, wie ich schon damals betonte, ein Absichtsdelikt. Die den Willen bestimmende Vorstellung des durch den äußeren Tatbestand zu verwirklichenden Erfolges charakterisiert bei Delikten dieser Art die subjektive Seite des Handelns (s. dazu meine Ausführungen: JW. 1918, 713 ff. und speziell wegen des Magdeburger Prozesses die Ausführungen von Sinzheimer bei Brammer a. a. O. S. 188). Ferner J. Goldschmidt, Notstand S. 13, der scharf betont, daß, wer den Vorsatz werten will, das ihn wertende Moment in ihn hineinverlegen muß, nicht neben ihn stellen darf, und daß er die Schuld als pflichtwidrig wohl auffassen muß. Fehlt es an der Pflichtwidrigkeit der Willensbestimmung, so entfällt die Schuld als das innere Korrelat des Verhaltens. „Schuldhaft i. S. des StGB. handelt eben nur derjenige, der einen Angriff auf das Schutzobjekt führt, das dem jeweiligen Tatbestand zugrunde liegt." Insoweit ist die Willensrichtung integrierender Bestandteil des Vorsatzes.

RA. Prof. Dr. Max Alsberg, Berlin.

stellten auch nach dem Ausbruch des Krieges den Bezug von Stahl aus schwedischen Werken vermittelt. Das Vorliegen eines Landesverrats wurde verneint mit folgender Begründung: „Nach dem Ausbruch des Krieges stand P. ... vor der Frage, ob er unter möglichster Vermeidung von Regierungslieferungen ... den Betrieb der Werke so gut als möglich aufrechterhalten und dadurch deren Beschlagnahme durch die russische Regierung vorbeugen oder ob er den Betrieb einstellen sollte mit der sicher zu erwartenden Folge alsbaldiger Beschlagnahme. Wenn er sich bei dieser Sachlage für das erstere entschied, selbst auf die Gefahr hin, daß dadurch gewisse Mengen zu Kriegszwecken verwendbaren Stahls nach Rußland kamen, so war eine hierdurch etwa eingetretene Förderung des russischen Kriegsunternehmens immerhin wesentlich geringer, als sie gewesen wäre, wenn eine Einstellung des Betriebes die Werke alsbald in die Hände der russischen Regierung überliefert und es dieser ermöglicht hätte, die Anlagen zur Herstellung von Kriegsbedürfnissen zu verwenden. Daher kann hier keine Rede davon sein, daß P. durch sein Verhalten der feindlichen Macht Vorschub geleistet hat." In ähnlicher Weise ist auch das Verhalten eines Arbeiterführers zu beurteilen, der während eines Krieges in die Leitung eines von radikalen Elementen angezettelten, von ihm an sich nicht gebilligten, für die deutsche Kriegsmacht nachteiligen Streiks eintritt mit der Willensrichtung, wieder Einfluß auf die von den radikalen Elementen aufgehetzten Arbeiter zu gewinnen, sie zur Besonnenheit zu ermahnen und ein möglichst baldiges Ende des Streiks herbeizuführen. Eine andere Beurteilung ist grundsätzlich auch dann nicht veranlaßt, wenn er hierbei zunächst gewisse, den Streik fördernde Maßnahmen, die er angesichts der Überzahl der radikalen Elemente in der Streikleitung nicht verhindern kann, durchgehen läßt, um nicht von vornherein seine Ausschaltung herbeizuführen, wenn er ferner in Versammlungsreden aus taktischen Gründen auf Gedankengänge der Massen bis zu einem gewissen Grade eingeht, ihre Forderungen, soweit sie ihm gerechtfertigt erscheinen, billigt, bei der Regierung zu vertreten verspricht und vertritt und einstweilen zum ruhigen Ausharren auffordert, sofern er nur bei allen seinen Maßnahmen das Endziel im Auge behält, von der deutschen Kriegsmacht größeren Nachteil, insbes. auch eine Ausartung der Streikbewegung in eine revolutionäre Bewegung, abzuwenden.

Gelingt in solchem Falle die Abwendung des größeren Nachteils, dann ist durch das einheitlich zu beurteilende Gesamtverhalten — im Hinblick auf die hierdurch bewirkte compensatio lucri cum damno — schon der äußere Tatbestand des Landesverrats wegen des Mangels des Merkmals der Nachteilszufügung nicht erfüllt. —

Mißlingt die erstrebte Abwendung des größeren Nachteils, dann erfüllen zwar die den Streik fördernden Maßnahmen objektiv den Tatbestand des Landesverrats; es ist aber dann im Zweifel der erforderliche Vorsatz nicht gegeben. Allerdings sind Beweggründe und Endzwecke, die außerhalb des zu einem strafrechtlichen Tatbestande gehörigen Vorsatzes liegen, für die Frage, ob der Tatbestand vorsätzlich verwirklicht ist, unerheblich. Ein Arbeiterführer, der beispielsweise während eines Krieges lediglich zur Durchsetzung an sich berechtigter wirtschaftlicher Forderungen der Arbeiter einen für die Kriegsmacht nachteiligen und von ihm als nachteilig erkannten Streik hervorruft oder fördert, macht sich in aller Regel des Landesverrats schuldig. Anderes gilt aber für Beweggründe und Endzwecke, die erkennen lassen, daß das Bewußtsein und der Wille der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals fehlt. Beim Landesverrat gehört zum Vorsatz das Bewußtsein und der Wille, der deutschen Kriegsmacht Nachteile zuzufügen. Bei der Prüfung, ob dieses Bewußtsein und dieser Wille vorhanden waren, dürfen wiederum nicht einzelne Handlungen aus dem Zusammenhang gerissen und für sich betrachtet, es muß vielmehr das Gesamtverhalten ins Auge gefaßt werden. Ergibt sich, daß das Gesamtverhalten durch das Ziel beherrscht ist, von der Kriegsmacht des Deutschen Reichs größeren Nachteil abzuwenden und nur zu diesem Zwecke die geringer benachteiligenden Handlungen in Kauf zu nehmen, dann fehlt eben in bezug auf das Gesamtverhalten, von dem jene tatbestandsmäßigen Einzelhandlungen nur untrennbare Teile sind, das Bewußtsein und der Wille der Benachteiligung. Zu dem gleichen Endergebnis — zur Verneinung der Schuld — muß bei solcher Sachlage selbstverständlich eine normative Schuldlehre gelangen, die für die Vorwerfbarkeit einer Handlung neben dem sog. psychologischen Moment des Vorsatzes das normative Moment der Pflichtwidrigkeit als weiteres Schuldelement fordert.

(1. Sen. v. 20. Okt. 1931; 1 D 426/31.) [A.]

12. §§ 185, 186, 192, 193 StGB.

1. Zur Abgrenzung der Form der Äußerung von ihrem Inhalt bei der Prüfung, ob der Täter wegen der Form der Äußerung trotz angenommener Wahrheit seiner Behauptung strafbar ist.

2. Die Anwendung des § 185 StGB. auf Grund von § 192 StGB. schließt eine Freisprechung wegen Wahrnehmung berechtigter Interessen nach § 193 StGB. aus.†)

Die StrK. hat „die Richtigkeit der von dem Angekl. in seinen Schriftstücken aufgestellten tatsächlichen Behauptungen zu seinen Gunsten als wahr unterstellt" und hat ihn im Hinblick auf § 192 StGB. nur aus § 185 StGB. verurteilt, weil das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Behauptungen hervorgehe. Jedoch verwechselt sie mindestens bei einem großen Teil der Äußerungen, die sie der Verurteilung zugrunde legt, Form und Inhalt und macht daher insoweit dem Angekl. Äußerungen zum Vorwurf, die nur dann eine Beleidigung enthalten würden, wenn sie nicht der Wahrheit entsprächen. So bedeutet es z. B. kein Überschreiten der zulässigen Form, wenn der Angekl. ausspricht, daß „der Magistrat weder vor Aktenfälschungen noch davor zurückschrecke, andere Gemeindeverbände zu prellen", und wenn er ihm „unlautere Machenschaften" vorwirft. Daß der Magistrat Aktenfälschungen begangen und andere Gemeinden geprellt habe, hat die StrK. zugunsten des Angekl.

Zu 12. A. 1. Das RG. gelangt zur Aufhebung des Urteils der StrK., weil diese Form und Inhalt der Beleidigungen sowie die üble Nachrede i. S. des § 186 mit der einfachen, in der Äußerung eines bloßen Unwerturteils liegende Beleidigung gem. § 185 StGB. verwechselt hat: Verstöße, die am häufigsten zur Revidierung von Urteilen auf dem Gebiete der Beleidigung führen. Der Standpunkt der Entsch., daß der Vorwurf der Aktenfälschung und des Prellens anderer Gemeinden kein bloßes Unwerturteil, sondern eine tatsächliche Behauptung enthalte, und daß er keine formelle Beleidigung darstelle, steht im Einklang mit der ständigen Rspr. des RG. Er entspricht der natürlichen Auffassung um so mehr, als die StrK. die dem Vorwurf zugrunde liegenden Tatsachen als wahr unterstellt und der Angekl. nach dieser Richtung hin ganz bestimmte Verfehlungen des Magistrats unter Beweis gestellt hat. Über die Abgrenzung von tatsächlichen Behauptungen und bloßen Unwerturteilen s. insbes. RGSt. 55, 131. Immerhin läßt das RG., wie aus dem Schlußsatz zu entnehmen ist, die Möglichkeit offen, daß die von dem Angekl. in seinen Schriftstücken aufgestellten Behauptungen als rechtlich zusammenfließende Beleidigungen sowohl i. S. des § 185 als auch des § 186 StGB. zu beurteilen seien. Diese Möglichkeit kann nach der angezogenen Entsch. in RGSt. 59, 417 in Betracht kommen, wenn die Verfehlungen nach § 185 in anderen Äußerungen der Kundgebung zu finden sind als die nach § 186 (s. auch JW. 1930, 270[10]).

2. Nicht ganz verständlich ist der letzte Satz der Entsch., daß für eine Anwendung des § 193 kein Raum sei, wenn nach § 192 nur der § 185 StGB. Platz greift. Soll damit gemeint sein, daß § 193 außer Anwendung bleibt, wenn die Kundgebung nach Form und Umständen das Vorhandensein einer Beleidigung ergibt, so ist etwas Selbstverständliches gesagt. Muß jedoch der § 185 Anwendung finden, weil z. B. der Täter eine ehrenkränkende Äußerung tatsächlicher Art gegenüber dem Betroffenen selbst getan hat, so kann wohl, wenn die Schutzbestimmung des § 192 wegen Nichterweislichkeit der Äußerung versagt, die Heranziehung der ergänzenden Bestimmung des § 193 nicht in Zweifel gezogen werden. Dasselbe muß gelten, wenn Dritten gegenüber ein abfälliges bloßes Unwerturteil, das durch Tatsachen nicht begründet wird, über einen anderen ausgesprochen wird. Z. B. A. bezeichnet den B. gegenüber dem C. als Schwindler. Eine solche Urteilsbeleidigung erfüllt den Tatbestand des § 185. A. will nun beweisen, daß das Urteil gerechtfertigt ist, weil er und andere von B. betrogen worden seien. Dieser Wahrheitsbeweis ist nach § 192 zuzulassen mit der Wirkung, daß im Falle seines Gelingens Straflosigkeit eintritt. So Frank § 192, II und anscheinend auch LpzKomm. § 190, 1 und § 192, 1; a. M. RGSt. 33, 50 u. 35, 227, wo dem Wahrheitsbeweis nur strafmildernde Wirkung beigelegt wird.

als wahr unterstellt, und sie hat deshalb eine Verurteilung aus § 186 StGB. abgelehnt. Ein bloßes Werturteil des Angekl. über den Magistrat läßt sich in der Behauptung der Aktenfälschung und Prellerei wie in zahlreichen anderen Behauptungen des Angekl. nicht erblicken. Dieser will offenbar, wie übrigens aus seinem im SchöffGUrt. eingehend erörterten Beweisantritt besonders deutlich hervorgeht, dem Magistrat ganz bestimmte Verfehlungen vorwerfen.

Hiernach ist das Urteil gemäß § 353 StPO. aufzuheben und die Sache nach § 354 StPO. an die StrK. zurückzuverweisen. Für die Beurteilung des Verhältnisses des § 185 zum § 186 StGB. ist die Entsch. RGSt. 59, 414 (417) zu berücksichtigen; ferner ist zu beachten, daß für eine Anwendung des § 193 StGB. kein Raum ist, wenn nach § 192 StGB. nur der § 185 StGB. Platz greift (III 920/26 v. 20. Jan. 1927).

(1. Sen. v. 9. Jan. 1931; 1 D 1110/30.) [A.]

13. §§ 185, 193 StGB. **Eine einheitliche Äußerung, die der Natur der Sache nach auch nur eine einheitliche rechtliche Beurteilung erfahren kann, liegt nur dann vor, wenn ihre einzelnen Teile ein innerlich zusammenhängendes Ganzes bilden und zwischen ihnen und der jeweils in Frage kommenden Interessenvertretung gleichartige Beziehungen obwalten.†)**

Der Angekl. hat in der Eingabe, durch welche er gegen die wider ihn erlassene polizeiliche Strafverfügung auf gerichtliche Entscheidung angetragen hat, gegen den Dammmeister G., auf dessen Anzeige die Strafverfolgung zurückging, unbegründete Beschuldigungen erhoben, die diesen, wenn sie wahr gewesen wären, in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet waren, und an diese Behauptungen die Bemerkung angeschlossen: „und solche Personen nennen sich Beamte und wollen vom Steuerzahler erhalten werden“. Das

---

Mißlingt der Wahrheitsbeweis nach § 192, so muß auch hier der Schutz des § 193 Platz greifen (s. z. B. JW. 1930, 205[82]). Inzwischen scheint übrigens der 1. Sen. in der Entsch. v. 30. Jan. 1931: JW. 1931, 1570[30] einen anderen Standpunkt einzunehmen. In dieser Entsch. heißt es: „Gegenüber einem Tatbestand nach § 186 wäre zu prüfen, ob die behaupteten Tatsachen erweislich wahr seien, und nur wenn diese Frage zu bejahen wäre, könnten die zur Kennzeichnung gebrauchten Worte für sich aus § 185 gewürdigt werden, wobei natürlich weiter, wie auch gegenüber § 186, § 193 zu beachten wäre.“ Hier ist also im Widerspruch zu dem Schlußsatz der vorliegenden Entsch. die Berufung auf § 193 eingeräumt, wenn infolge des nach § 192 geführten Wahrheitsbeweises eine nur nach § 185 gegebene Beleidigung übrigbleibt.

3. Zu bemerken ist schließlich noch, daß die in dem angefochtenen Urteil erfolgte Wahrunterstellung der Aktenfälschungen usw. unzulässig ist (s. LpzKomm. § 192, 3 und meine Anm. zu JW. 1931, 228[8]). Dieser Verstoß konnte allerdings nicht zur Aufhebung des Urteils führen, weil der Angekl. durch ihn nicht beschwert war.

RA. Theodor Klefisch, Köln.

B. Die Entsch. läßt eine Frage unerörtert, deren Prüfung durch die Gestaltung des Falles veranlaßt war.

1. Die StrK. hatte die verbreitete ehrenkränkende Tatsache als wahr unterstellt und den Angekl. daher nicht aus § 186 StGB., sondern aus § 185 StGB. verurteilt, indem sie das Vorhandensein der Beleidigung gemäß § 192 StGB. aus der Form der Äußerung folgerte. Der in der Begründung des Untergerichts hervortretenden Verwechslung der Form der Äußerung mit ihrem Inhalt tritt das RG. überzeugend entgegen; aber vorher war doch wohl zu prüfen, ob es überhaupt — bei Vermeidung des gerügten Fehlers — angängig ist, unter Unterstellung der Wahrheit der verbreiteten Tatsache die Verurteilung allein auf §§ 185, 186 StGB. zu stützen. Die Schlußbemerkung von Klefisch (zu 3.), die Wahrunterstellung sei unzulässig, beschwere aber den Angekl. nicht, erschöpft das Problem nicht; vielmehr ist zu unterscheiden, ob der Angekl. freigesprochen oder verurteilt ist. Läßt sich auf Grund der Form und der Umstände der Äußerung das Vorhandensein der Beleidigung nicht feststellen, muß also im Falle der Unanwendbarkeit des § 186 StGB. Freisprechung erfolgen, so ist die Wahrunterstellung der verbreiteten Tatsache nur zulässig, wenn das Gericht die volle Überzeugung von der Wahrheit der Tatsache erlangt hat, also nicht schon wie sonst bei Schutzbehauptungen des Angekl. —, wenn es glaubt, sie nicht widerlegen zu können (s. Alsberg, Beweisantrag, S. 113). In diesem Falle ist allerdings der Angekl. durch die unzulässige Wahrunterstellung, da er freigesprochen ist, nicht beschwert. Will das Gericht dagegen, wie im gegebenen Falle die StrK., ohne daß es die Überzeugung von der Wahrheit der Tatsache erlangt hat, den Wahrheitsbeweis deshalb umgehen, weil es jedenfalls eine Verurteilung wegen der Form der Äußerung für geboten erachtet, so ist die Frage dahin zu stellen, ob es rechtlich gleichgültig ist, welche von beiden Bestimmungen — § 186 StGB. oder § 185 StGB. über § 192 StGB. — der Verurteilung zugrunde gelegt wird. In Frage steht also die Zulässigkeit der Verurteilung auf Grund einer alternativen Feststellung. Sie ist vom RG. in Fällen nach Art des vorliegenden ständig verneint worden: s. RGSt. 1, 260; Recht 1910 Nr. 819; JW. 1930, 2540[10]; 1930, 2980[11]; 1931, 938[11]. Wenn RGSt. 1, 260 und RG.: JW. 1930, 2540[10] diesen Standpunkt damit begründen, daß der Angekl. ein Recht darauf habe, aus dem richtigen Strafgesetz verurteilt zu werden, so ergibt sich als Auffassung dieser Urteile unmittelbar, daß der Angekl. durch die Nichterhebung des Wahrheitsbeweises beschwert ist. Die vorl. Entsch. steht hiermit nicht im Einklang, da sie, trotzdem auf die Rev. des Angekl. die Gesetzesanwendung im vollen Umfang nachzuprüfen war, an der ausgesprochenen Verurteilung auf Grund der §§ 185, 192 StGB. unter Offenlassung der Anwendbarkeit des § 186 StGB. prinzipiell nichts zu bemängeln findet. M. E. ist übrigens eine wahlweise Verurteilung in der geschilderten Weise prozessual sehr wohl möglich und wenigstens dann zulässig, wenn der als Privat- oder Nebenkläger am Verfahren teilnehmende Beleidigte sich an der Erhebung des Wahrheitsbeweises für desinteressiert erklärt. Diese Berücksichtigung der Sonderwünsche des Beleidigten rechtfertigt sich durch den Zweck des Verfahrens, das dem Schutz seiner Ehre dient; eine ausführliche Begründung habe ich in meiner demnächst in der „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ erscheinenden Arbeit „Die prozessuale Behandlung des Wahrheitsbeweises“ zu geben versucht.

2. Das RG. spricht am Schluß des Urt. aus, daß § 193 StGB. unanwendbar sei, wenn nach § 192 StGB. nur § 185 StGB. Platz greife. Klefisch versteht diesen Satz dahin, daß das Aussprechen eines beleidigenden Werturteils auch dann strafbar sei, wenn es als wahr (oder besser: berechtigt) nachgewiesen werden könne; dem Wahrheitsbeweis käme höchstens strafmildernde Wirkung zu. Klefisch hebt selbst hervor, daß der 1. Sen., von dem die vorl. Entsch. herrührt, in RG.: JW. 1931, 1570[30] die entgegengesetzte Auffassung vertreten hat, allein Klefisch dürfte den Schlußsatz des vorl. Urt. mißverstanden haben; denn das RG. meint tatsächlich nur, daß, wenn trotz geführten Wahrheitsbeweises auf Grund des § 192 StGB. § 185 StGB. wegen der Form oder der Umstände der Äußerung anwendbar ist, damit § 193 StGB. eo ipso ausscheidet. Das ist keineswegs selbstverständlich, vielmehr tritt z. B. Weber: JW. 1927, 2674 mit beachtenswerten Gründen für die ergänzende Heranziehung des § 193 StGB. neben § 192 StGB. ein. Weber lehnt es ab, den §§ 192, 193 StGB. als Strafbarkeitserfordernis die Absicht der Beleidigung zu imputieren, wie dies bekanntlich das RG. ständig tut. Nach seiner Auffassung versagt die strafbefreiende Kraft des Wahrheitsbeweises immer schon dann, wenn die Form der Äußerung die Beleidigung (nicht notwendig die Beleidigungsabsicht) ergibt. Hiermit ist aber nach Weber noch nichts gesagt darüber, ob nicht nach § 193 StGB. Straffreiheit einzutreten hat; § 192 StGB. bestimmt nur, daß der Beweis der Wahrheit die Strafbarkeit „nicht ausschließe“. § 193 StGB. soll dann zur Begründung der Freisprechung geeignet sein, wenn die gewählte Form zwar beleidigend, aber durch die Wahrnehmung eines berechtigten Interesses gedeckt ist. Dieser interessanten Theorie steht entgegen, daß die im Wortlaut übereinstimmenden §§ 192, 193 StGB. ersichtlich die gleichen Maßstäbe anwenden. Wenn sich i. S. des § 192 StGB. das Vorhandensein der Beleidigung aus der Form oder den Umständen ergibt, so ist dies auch i. S. des § 193 StGB. der Fall, und dann ist eben die Äußerung nach § 193 StGB. „insofern strafbar“.

RA. Dr. Walter Lissner (†), Berlin.

Zu 13. Die Entsch. hält bei Anwendung des § 193 StGB. sich im Rahmen der bisherigen Rspr. Sie verdient im Ergebnis Billigung auch insoweit, als sie sich mit einem Bedenken auseinandersetzt, welches sich aus der Tatsache ergibt, daß nur ein Teil der beleidigenden Äußerung aus dem Rahmen des § 193 StGB. herausfällt. Das RG. stellt den Satz auf, daß der Natur der Sache nach eine einheitliche Äußerung auch nur eine einheitliche rechtliche Beurteilung erfahren könne. Es spricht sich nicht darüber aus, ob es bei Verschiedenheit dieser rechtlichen Beurteilung eine Mehrheit von strafbaren Handlungen, also Realkonkurrenz, annehmen würde. Wollte man den Satz so verstehen — und diese Deutung liegt nahe —, so wäre er freilich nicht zu billigen. Man hat wohl bisher nicht daran gezweifelt, daß, wenn eine Äußerung einzelne beleidigende Ausdrücke enthält, der Täter wegen dieser Äußerung bestraft wird, ohne daß es einer Teilung der Äußerung bedürfte. Ebenso liegt es aber beim Vorliegen von Rechtfertigungsgründen. Auch sie können einer einheitlichen Handlung zum Teil die Rechtswidrigkeit nehmen, ohne die natürliche Handlungseinheit zu zerstören. Das hat auch RGSt. 60, 404 für die Notwehr anerkannt und daraus die Folgerung gezogen, daß eine Freisprechung für den Teil der Handlung, der durch sie gerechtfertigt ist, unzulässig wäre. Das gleiche muß auch für den Rechtfertigungs-

LG. hat dem Angekl., weil er mit den Behauptungen tatsächlicher Art die Glaubwürdigkeit des Zeugen habe erschüttern wollen, insoweit die Wahrnehmung berechtigter Interessen zugebilligt, in dem wiedergegebenen Halbsatze dagegen eine nach § 185 StGB. zu beurteilende strafbare Beleidigung erblickt. Sie begründet dies damit, daß die Frage, ob G. seiner Stellung als Beamter würdig sei, mit dem Strafverfahren nichts zu tun habe, die Äußerung des Angeklagten daher zu seiner Verteidigung nicht dienen könne und der Angekl. geradezu bezweckt habe, den G. durch sie verächtlich zu machen.

Die Rev. erblickt in diesen Darlegungen eine Verkennung des § 193 StGB., da auch der von dem LG. beanstandete Halbsatz lediglich der Charakterisierung des G. und damit der Verteidigung des Angekl. dienen solle; bei der Form der Äußerung müsse der Bildungsgrad des Angekl. und seine subjektive Einstellung berücksichtigt werden.

Das Rechtsmittel erscheint nicht begründet.

Zutreffend geht das LG. davon aus, daß keineswegs schon aus dem Grunde, weil der Angekl. den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gestellt hat, alle in dieser Eingabe enthaltenen Äußerungen ohne weiteres den Schutz des § 193 StGB. genießen, vielmehr muß bei einer jeden unter ihnen, falls sie an sich den Tatbestand einer strafbaren Beleidigung darbietet, besonders geprüft werden, ob und inwiefern gerade auch sie zur Verteidigung des Angekl. vorgebracht wurde (RGSt. 4, 316). Freilich kann der Natur der Sache nach eine einheitliche Äußerung auch nur eine einheitliche rechtliche Beurteilung erfahren; eine einheitliche Äußerung in diesem Sinne liegt aber nur dann vor, wenn ihre einzelnen Teile ein innerlich zusammenhängendes Ganzes bilden und zwischen ihnen und der jeweils in Frage kommenden Interessenvertretung gleichartige Beziehungen obwalten. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so bilden selbst die Teile eines einzigen Satzes keine einheitliche Äußerung. So aber steht es hier mit dem von dem LG. beanstandeten Halbsatz im Verhältnis zu dem sonstigen Vorbringen des Angekl. in seiner Eingabe. Wohl mögen beide, auch der Halbsatz — wie der Verteidiger meint —, von dem Angekl. „zur Charakterisierung" des G. angeführt worden sein, aber während der Angekl. im übrigen einzelne bestimmte nachprüfbare Tatsachen behauptete, die im Falle ihrer Erhärtung objektive Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen G. erwecken konnten oder mußten, gibt er in dem beanstandeten Halbsatz lediglich seine subjektive nach Lage der Verhältnisse völlig belanglose Meinung dahin wieder, daß G. wegen der ihm vorgeworfenen Tatsachen nicht würdig sei, ein Beamter zu sein und von dem Steuerzahler erhalten zu werden. Es fällt in das Gebiet tatsächlicher Beurteilung und verrät keinen Rechtsirrtum, wenn das LG. nur in der Aufstellung bestimmter tatsächlicher Behauptungen, die den G. bloßzustellen geeignet waren, nicht aber auch in dem Ausdruck der auf diese Behauptungen gestützten ehrverletzenden Beurteilung des Zeugen durch den Angekl. ein zu dessen Verteidigung gegen die wider ihn erhobene Beschuldigung taugliches Mittel erblickt hat. Nach der Überzeugung des LG. hat auch der Angekl. selbst den ihm zur Last gelegten Halbsatz gar nicht in dem Glauben, dadurch zu seiner Verteidigung gegen die wider ihn erhobene Beschuldigung etwas beizutragen und zur Erreichung dieses Zweckes in seine Eingabe aufgenommen. Denn das und nichts anderes will das LG. unverkennbar feststellen, wenn es ausspricht, der Angekl. habe „geradezu bezweckt", den G. durch die in dem Halbsatz enthaltene Äußerung verächtlich zu machen. Es ist somit augenscheinlich und auf Grund tatsächlicher Erwägungen der Ansicht, daß der Angekl. den beleidigenden Halbsatz nur „bei Gelegenheit", aber nicht „zur" Wahrnehmung des von ihm mit seiner Eingabe verfolgten Interesses verfaßt hat und hierzu durch die Absicht, den G. zu beleidigen, veranlaßt ist. Diese tatsächliche Feststellung schloß die Anwendung des § 193 StGB. auf den beanstandeten Halbsatz aus.

(2. Sen. v. 19. März 1931; 2 D 724/30.) [A.]

****14. Wie verhält sich das Recht der Presse zur Berichterstattung über strafbare Handlungen zu dem im § 186 StGB. enthaltenen Verbot des Verbreitens von nicht erweislich wahren ehrenrührigen Tatsachen?[1])**

Eine in K. erscheinende Wochenschrift, die der Angekl. verantwortlich gezeichnet hat, brachte einen Bericht über eine Versammlung, in dem u. a. auch eine Rede im Auszug wiedergegeben war.

Das BG. hat ohne Rechtsirrtum angenommen, daß diese Rede gerade auch in den wiedergegebenen Teilen die Behauptung von Tatsachen enthält, die geeignet sind, den X. verächtlich zu machen und in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen (§ 186 StGB.). Die Strafbarkeit des Angekl. wurde verneint mit der Begründung: Der Presse stehe grundsätzlich das Recht auf Berichterstattung über öffentliche Versammlungen zu; dieses Recht erstrecke sich grundsätzlich auch auf solche Vorgänge, die eine strafbare Handlung bedeuten, insbes. also auch auf die Wiedergabe beleidigender Äußerungen; die Berichterstattung über solche Vorgänge sei nur dann als Beleidigung strafbar, wenn sich aus der Berichterstattung selbst und ihren Beweggründen unzweifelhaft die Absicht der Beleidigung ergebe; im gegebenen Falle könne eine Feststellung dahin, daß der Verfasser des Berichts die Ausführungen auch als eigene wiedergegeben und damit die Absicht der Beleidigung verbunden habe, oder daß der Beweggrund und der Zweck der Wiedergabe der Rede ein anderer als der der objektiven Berichterstattung gewesen sei, nicht getroffen werden.

Diese Begründung ist rechtsirrig. Sie beruht auf einer ungenügenden Auseinanderhaltung der Fragen der Tatbestandsmäßigkeit und der Rechtswidrigkeit.

Den äußeren Tatbestand des § 186 StGB. erfüllt nicht nur derjenige, der in Beziehung auf einen anderen eine ehrenrührige Tatsache selbst behauptet — sei es, daß er die Behauptung von sich aus aufstellt, oder daß er eine von einem Dritten aufgestellte Behauptung erkennbar sich zu eigen macht —, sondern auch derjenige, der eine solche Tatsache lediglich „verbreitet". Dadurch unterscheidet sich u. a. der Tatbestand des § 186 StGB. von denen des § 166 StGB. und § 5 Nr. 1 RepSchG. 1930, in denen nur die Beschimpfung, nicht auch schon die bloße Verbreitung einer Beschimpfung mit Strafe bedroht ist (vgl. RGSt. 64, 55). Durch das im § 186 StGB. enthaltene allgemeine Verbot des Verbreitens von nicht erweislich wahren ehrenrührigen Tatsachen wird auch das Recht der Presse zur Berichterstattung über strafbare Handlungen eingeschränkt. Nach der inneren Seite genügt es, wenn sich der Täter bei der Verbreitung der ehrenkränkenden Eigenschaft der verbreiteten Tatsache mindestens in der Form des bedingten Vorsatzes bewußt war; er braucht nicht die Absicht der Beleidigung gehabt zu haben. Dabei ist zu beachten, daß sich bei Pressevergehen die Vermutung des § 20 Abs. 2 PreßG. auch auf die Kenntnis und das Verständnis des Inhalts des Verbreiteten bezieht.

Ist der Tatbestand der üblen Nachrede gegeben und eine Bestrafung nicht etwa schon durch Erbringung des Wahrheitsbeweises ausgeschlossen, dann ist weiter zu prüfen, ob nicht die Voraussetzungen des § 193 StGB. vorliegen und deshalb die Rechtswidrigkeit zu verneinen ist. Hierbei darf aber nicht übersehen werden, daß nach der ständigen Rspr. des RG. weder die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei noch die Stellung des Verbreiters als Schriftleiters einer politischen Zeitung für sich allein die Annahme der Wahrnehmung berechtigter Interessen rechtfertigen würde (RGSt. 56, 380 [383]).

(1. Sen. v. 29. Sept. 1931; 1 D 541/31.)

****15.** §§ 222, 230 StGB.; §§ 120e, 145, 147 GewO.; §§ 2ff. der Bek. betr. die Einrichtung und den Betrieb der Roßhaarspinnereien, Haar- und Bor-

---

grund der Wahrnehmung berechtigter Interessen gelten. Man wird deshalb folgerichtig darüber hinausgehend auch die Möglichkeit zugeben müssen, daß eine natürliche Handlung in ihren einzelnen Teilen verschiedenen Strafgesetzen, eine einheitliche Äußerung etwa zum Teil § 185, zum Teil § 186 StGB. unterfällt (vgl. hierzu Frank, 18. Aufl., § 73 III b). Die Verschiedenheit rechtlicher Beurteilung ist mit der natürlichen Handlungseinheit nicht unvereinbar. Nur setzt sie — und das führt die Entsch. zutreffend aus — bei einer einheitlichen Äußerung die Möglichkeit einer Trennung des in der Äußerung liegenden Gedankeninhalts voraus. Prof. Dr. v. Weber, Jena.

---

[1]) Siehe zu dieser Entsch. die sehr beachtlichen Ausführungen von Häntzschel: Zeitungsverlag 33. Jahrg. Nr. 4.

stenzurichtereien sowie der Bürsten- und Pinselmachereien v. 22. Okt. 1902 (RGBl. 269).

1. Zum Begriff „Bearbeitung“ in der Bek., betr. die Einrichtung und den Betrieb der Roßhaarspinnereien, Haar- u. Borstenzurichtereien sowie der Bürsten- und Pinselmachereien vom 22. Okt. 1902 (RGBl. 269).

2. Wird der Ursachenzusammenhang zwischen dem fahrlässigen Verhalten einer Person und dem hieran sich schließenden rechtswidrigen Erfolg schon durch die bloße Möglichkeit ausgeschlossen, daß der Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre?†)

Der Angekl. hat für seine Pinselfabrik von einer Händlerfirma chinesische Ziegenhaare bezogen und diese trotz der Mitteilung der Händlerfirma, daß er sie desinfizieren müsse, ohne vorherige Desinfektion durch seine Arbeiter zu Pinseln verarbeiten lassen. Ein Arbeiter und drei Arbeiterinnen, die mit der Herstellung der Pinsel beschäftigt waren, und eine Arbeiterin, die mit den ersteren in Berührung kam, wurden durch Milzbrandbazillen, mit denen die Haare behaftet waren, angesteckt; die vier Arbeiterinnen sind an Milzbrand gestorben. Auf Grund dieses Sachverhalts wurde gegen den Angekl. das Hauptverfahren wegen vier Vergehen der fahrläss. Tötung und eines Verg. der fahrläss. Körperverletzung (§§ 222 Abs. 2, 230 Abs. 2 StGB.) eröffnet. Der Angekl. wurde vom SchöffG. verurteilt, vom BG. freigesprochen.

I. Das BG. hat es als zweifelhaft bezeichnet aber unentschieden gelassen, ob die Desinfektionsvorschriften der Bek., betr. Einr. und den Betr. der Roßhaarsp. usw. auf den Betrieb des Angekl. anwendbar sind; es hat dementsprechend die in der Anklage bezeichnete Tat lediglich unter dem rechtl. Gesichtspunkt der fahrlässigen Tötung und Körperverletzung, nicht aber nach der Richtung gewürdigt, ob in dem geschilderten Vorgang nicht ein Vergehen gegen § 147 Nr. 4 GewO. i. Verb. m. der im Urt. angeführten, auf Grund des § 120e GewO. erlassenen Bek. v. 22. Okt. 1902 enthalten ist. Die vom BG. erhobenen Bedenken gegen die Anwendbarkeit der §§ 2ff. der erwähnten Bek. auf die bloße „Verarbeitung“ der Haare zu Pinseln sind jedoch unberechtigt. § 2 bestimmt allerdings, daß die aus dem Ausland stammenden Ziegenhaare erst in „Bearbeitung“ genommen werden dürfen, nachdem sie in demjenigen Betrieb, in welchem die „Bearbeitung“ stattfinden soll, vorschriftsmäßig desinfiziert sind. Es mag auch zugegeben werden, daß bei einer Gegenüberstellung der Begriffe „Bearbeitung“ und „Verarbeitung“ eines Stoffs der erstere Begriff auf vorbereitende Tätigkeiten, der letztere auf diejenige Tätigkeit hindeutet, die dem Stoff — für sich allein oder i. Verb. m. anderen Stoffen — eine für den Gebrauch oder Verbrauch durch das Publikum geeignete Gestalt gibt. Allein in der Bek., die den Begriff der „Verarbeitung“ nicht verwendet, ist der Begriff der „Bearbeitung“ in einem weiterem, die Verarbeitung mitumfassenden Sinn gebraucht. Dies ergibt sich nicht nur aus Zweck und Sinn der Vorschr., sondern insbes. auch aus der Best. des § 1, derzufolge die Vorschriften Anwendung finden auf alle Anlagen, in denen die dort genannten Haare usw. zugerichtet oder zu Grollhaaren versponnen werden, oder in denen unter Verwendung solcher Materialien Bürsten, Besen oder Pinsel hergestellt werden. Der äußere Tatbestand eines Vergehens gegen § 147 Nr. 4 GewO. ist daher nach den bisherigen Feststellungen zweifellos erfüllt. Hinsichtlich der inneren Tatseite sind noch weitere Feststellungen erforderlich.

Daß die für dieses Vergehen im § 145 Abs. 2 GewO. vorgesehene dreimonatige Verjährung bis zur Vorlegung der Akten an das RevG. noch nicht eingetreten war, ergibt sich aus den Darlegungen des StA. in der RevBegr. In der RevInst. ist die Verjährung durch die am 10. Jan. 1929 vom Vorsitzenden verfügte Bestellung des Berichterstatters sowie durch die Hauptverhandlung und Urteilsfällung unterbrochen.

Da das BG. auf Freisprechung erkannt hat, ohne den in der Anklage bezeichneten geschichtl. Vorgang erschöpfend unter allen in Betracht kommenden rechtl. Gesichtspunkten zu würdigen, unterliegt das Urt. schon hierwegen der Aufhebung.

II. Die Freisprechung von der Anklage wegen fahrlässiger Tötung und Körperverletzung ist im wesentlichen begründet, wie folgt: Der Angekl. habe zwar auch im Fall der Nichtanwendbarkeit der Bek. v. 22. Okt. 1902 fahrlässig gehandelt, weil er einerseits auf Grund der Mitteilung der Händlerfirma damit habe rechnen müssen, daß die Haare nicht desinfiziert seien, andererseits gewußt habe, daß die Verarbeitung

---

Zu 15. Die „Bearbeitung“ i. S. des Tatbestands von § 2 der Bek. usw. scheint mir vom RG. im obigen Urt. bedenkenfrei gedeutet.

Der Hauptteil des Urt. beschäftigt sich mit der Verursachungsfrage, die jetzt wieder im Vordergrunde von Rspr. und Rechtslehre steht (z. B. RGSt. 64, 316, 370; Beling: GS. 101, 1—13; Honig u. Sauer in Festgabe für Frank, 1930; Engisch, Kausalität, 1931; Welzel: ZStW. 51, 703 ff.).

Ein Hauptvorteil der Bedingungslehre schien stets ihre leichte Verwendbarkeit zu sein. Der hier vorl. Sachverhalt zeigt (natürlich nicht zum ersten Male), daß die Feststellung der vom Erfolg nicht wegdenkbaren Bedingung aber doch nicht immer so einfach und sicher ist. Hier ist keineswegs gewiß, daß ohne die Bedingung (Unterlassen der Desinfektion) der Tod der Arbeiter nicht eingetreten wäre. Wir gelangen vielmehr nur durch ein Wahrscheinlichkeitsurteil zu der Verknüpfung von Bedingung und Erfolg.

Entfällt da nicht ein Hauptvorteil der v. Burischen Bedingungslehre, nämlich die Äußerlichkeit und Sicherheit des Ausgangspunktes, und macht uns das nicht vielleicht geneigt, statt mit einem scheinbar uferlosen Verursachungsbegriffe mit dem allein zu arbeiten, was uns der rechtsstaatl. Gesetzgeber doch in erster Linie an die Hand gibt: mit dem Tatbestand? Beling legt es uns erneut nahe, in einem durch Klarheit wie durch Tiefe bestechenden Vortrag („Der gegenwärtige Stand der strafrechtl. Verursachungslehre“: GS. 101, 1—13). Er arbeitet noch einmal in aller Schärfe den Tatbestand als Mittelpunkt allen strafrechtl. Denkens und Forschens heraus.

Doch kommen wir von dem Bedenken nicht los, ob es denn wirklich den Tatbestand in dieser vom Rechtsstaatsgedanken geforderten scharf umrissenen Reinheit bei allen Straftaten gebe. Läßt sich die wahre Typizität (des „Tötens“, „Stehlens“ usw.) auf den ersten Blick, vor aller Wertung und allem Eingehen auf den Täter, rein äußerlich, rein objektiv erfassen? Wir wissen wohl, daß mit der notwendigen Bedingung noch gar keine Handlung festgestellt ist, sondern nur deren Mindesterfordernis (Mezger: Ursachenzusammenhang ist noch nicht Haftungszusammenhang). Aber die Handlung ist erst das Ergebnis von äußeren und inneren Merkmalen; ihre Feststellung darf nicht gleich als Allererstes gefordert werden. Wir brauchen einen äußerlichen Anknüpfungspunkt. Gewiß gibt es einen Lebenssprachgebrauch, der (einigermaßen, nicht scharf und bestimmt umrissen) die Vorstellung der „Ausführungshandlung“ geformt hat. Aber diesen Begriff (man mag ihn objektiv nennen — er ist es nicht i. S. reiner Äußerlichkeit) verwerten wir nur, wenn mehrere Bedingungssetzer da sind. Da hilft er uns den Hauptschuldigen aussuchen, als ein Schuldmerkmal bei der Verteilung der Verantwortlichkeit auf mehrere Teilnehmer.

Die anderen Teilnehmer treten hinter dem Hauptschuldigen zurück gemäß den Bestimmungen über Teilnahme. Die §§ 47—49 setzen nun stets ein gewolltes Zusammenwirken voraus. Was geschieht aber mit dem Beteiligten, dessen Erfolgsanteil weder als Anstiftung noch als Beihilfe zu erfassen ist, etwa weil jeder Vorsatz fehlte? Fällt hier die vorhandene fahrlässige Schuld einfach unter den Tisch, weil ein anderer da ist, der vorsätzlich „ausführte“? Das RG. verneint die Frage, läßt auch hier den schuldigen Bedingungssetzer für die Tat haften und verwirft somit die Lehren von Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, Regreßverbot usw. (RGSt. 64, 316, 370). Das scheint mir in Einklang zu stehen mit dem immer stärker hervortretenden Bestreben der Rspr., nicht nur die typischen, sondern auch die atypischen Fälle zu erfassen. Zugunsten des Täters äußert sich das z. B. darin, daß man bei ungewöhnl. Sachlagen über den Kreis der typischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe hinaus zu übergesetzl. Notrechten und Notständen Zuflucht nimmt. Zu ungunsten des Angekl. haben wir die Bedingungslehre als ein Hauptbeispiel: Es kann jemand auf durchaus atypische Art einen Erfolg herbeiführen, durch sehr ungewöhnliches „Handeln“ — bezwingt uns der starke Schein seiner Schuld, so drängen wir leicht das Bedenken wegen des Verursachens zurück. Allerdings kommt es in erster Linie darauf an, welche objektive Grundlage der „Rechtsordner“ (Beling) verlangt. Aber hat er uns weiter nichts gegeben als das Wort „töten“, so ist die Grundlage doch anscheinend nicht sehr genau bestimmt und umgrenzt. Der Richter ist hier nicht gerade sehr fest und eng gebunden. Dieser vage „Tatbestand“ schüchtert ihn nicht ein und hindert ihn nicht, das als Verbrechen zu erfassen, was Verbrechen ist. Er „kehrt aus der Lichtwelt reinen tatbestandlichen Denkens ... zur rauhen Wirklichkeit des Strafrechts selbst zurück“, so wird er sich dabei vielleicht mit Mezger (Strafrecht 1931, S. 177 N. 6) rühmen.

Das vielfache Verlassen des reinen tatbestandl. Denkens (gerade bei Mezger und dem ihm folgenden sehr erhebl. Teil des neueren Schrifttums) erfüllt uns allerdings in mancher Hinsicht mit Sorge. Aus dieser Sorge möchte man geneigt sein, den beiden letzten Arbeiten

nicht desinfizierter ausländischer Ziegenhaare für die damit arbeitenden Personen eine hohe Gefahr der Ansteckung mit Milzbrandbazillen herbeiführe. Allein es habe sich nicht mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit, wie sie zur Bildung einer richterlichen Überzeugung erforderlich sei, feststellen lassen, ob im Fall einer Desinfektion die verwendeten Ziegenhaare so keimfrei geworden wären, daß eine Ansteckungsgefahr ausgeschlossen gewesen wäre. Der Sachverständige habe der Meinung Ausdruck verliehen, daß die zugelassenen drei Desinfektionsarten unsicher seien und keine genügende Gewähr für wirkliche Keimfreiheit der Haare böten; es sei also nicht ausgeschlossen, daß die Ansteckung der fünf Personen auch nach Anwendung einer der drei an sich zugelassenen Desinfektionsverfahren eingetreten wäre, weshalb sich der ursächliche Zusammenhang zwischen der Fahrlässigkeit des Angeklagten und den eingetretenen Folgen nicht mit der notwendigen Sicherheit nachweisen lasse.

Diese Begr. gibt zu zweifachen Bedenken Anlaß.

1. Der Angekl. hat dadurch, daß er seinen Arbeitern, entgegen seiner Berufspflicht und in Kenntnis der damit verbundenen Gefahr, nicht desinfizierte Ziegenhaare für die Herstellung von Pinseln zur Verfügung stellte, fahrlässig eine Bedingung für die Ansteckung der Arbeiter und die hieraus sich entwickelnden Folgen gesetzt. Nach der von den StrSen. des RG. vertretenen Bedingungs- oder Äquivalenztheorie gilt als Ursache oder Mitursache eines rechtswidrigen Erfolgs im strafrechtl. Sinn jede — als Bedingung dieses Erfolgs sich darstellende — Handlung oder Unterlassung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiele. Liegt aber im einzelnen Fall der Nachweis vor, daß ein schädigendes Ereignis tatsächlich als Wirkung eines menschlichen Verhaltens eingetreten ist, dann genügt zur Verneinung des Ursachenzusammenhangs nicht schon die bloße, schwer oder gar nicht zu berechnende **Möglichkeit** einer Ursache, welche die gleiche Wirkung hätte haben können, wenn jene tatsächlich wirksam gewordene Bedingung nicht vorhanden gewesen wäre. Nur wenn die **Gewißheit oder eine an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit** dafür vorläge, daß das schädigende Ereignis auch eingetreten sein würde, wenn das schuldhafte Verhalten nicht vorausgegangen wäre, so würde damit der Beweis geliefert sein, daß dieses Verhalten jenen Erfolg nicht verursacht habe (RGSt. 15, 151 [153]; RG. v. 17. Mai 1927, I 375/27; v. 14. Dez. 1928, I 564/28; v. 12. Febr. 1929, I 1247/28; RGSt. 51, 127 steht nicht entgegen). Hiernach hat die StrK. zu strenge Anforderungen an den Nachweis des Ursachenzusammenhangs gestellt; denn indem sie für die Bejahung des Ursachenzusammenhangs eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit dafür verlangt, daß im Falle der Desinfektion die Ansteckung mit ihren Folgen ausgeschlossen gewesen wäre, läßt sie für die Verneinung des Ursachenzusammenhangs schon die bloße Möglichkeit genügen, daß auch bei pflichtgemäßer Desinfektion, also ohne das schuldhafte Verhalten des Angekl., das gleiche schädigende Ereignis eingetreten wäre.

2. Ergäbe sich aber, daß bei der Verarbeitung ausländischer Ziegenhaare, die mit Milzbrandbazillen behaftet sind, auch durch die Vornahme einer der drei zugelassenen Desinfektionsverfahren eine Ansteckung und Erkrankung in aller Regel nicht verhindert werden kann, und läge demnach eine an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit dafür vor, daß eine Ansteckung und Erkrankung an Milzbrandbazillen auch ohne das schuldhafte Verhalten des Angekl. eingetreten wäre, so müßte noch weiter geprüft werden, ob das gleiche auch für den schweren Verlauf der Krankheit und den Eintritt des Todes gilt. Die Ansteckung mit Milzbrandbazillen ist nicht immer tödlich, wie sich schon daraus ergibt, daß ein Arbeiter genesen ist. Vom Laienstandpunkt aus ist die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, daß durch eine Desinfektion die an den Haaren haftenden Bazillen zwar nicht völlig beseitigt, die Haare nicht völlig keimfrei gemacht und die Ansteckung und Erkrankung der mit ihnen befaßten Arbeiter nicht vermieden, daß aber die Zahl und die Kraft der Krankheitserreger so vermindert worden wäre, daß die Krankheit einen milderen Verlauf genommen und nicht zum Tod geführt hätte. Das BG. wird gegebenenfalls auch über diese Frage einen Sachverständigen hören und hierzu Stellung nehmen.

(1. Sen. v. 23. April 1929; 1 D 1265/28.) [A.]

16. §§ 222, 230 StGB. **Zur Annahme des Ursachenzusammenhangs zwischen einer reinen Unterlassung und einem rechtsverletzenden Erfolg ist ausreichend, aber auch erforderlich das Bestehen einer an Gewißheit grenzenden Wahrscheinlichkeit, das bei pflichtgemäßem Verhalten der rechtsverletzende Erfolg nicht eingetreten wäre.†)**

Der Tod der beiden Kl. ist am 20. Sept. 1929 dadurch verursacht, daß sie mit der elektrisch geladenen Ablaufrinne, die von der an der Nordostecke des Hauses Nr. 48 in H. befindlichen Dachrinne zur Straßenkandel führte, in Berührung gekommen sind. Die Ursache der todbringenden elektr. Ladung aber kann **nur** darin gefunden werden, daß der vom Mast am Ortsweg 4 zur Westwand des Hauses Nr. 48 gespannte stromführende Draht, der aus der Kerbe der vom Flaschner R. behelfsmäßig angebrachten Latte gesprungen war, infolge seines starken Durchhangs vom Gewittersturm auf das Kehlblech geworfen worden war, das mit den Dachrinnen in leitender Verbindung stand. Die Visierlinie vom Isolator des Mastes,

---

von **Beling** (Lehre vom Tatbestand, 1930, und GS. 101, 1 ff.) nicht nur grundsätzlich zuzustimmen, sondern auch in allen Einzelheiten, also auch in seinem Bestreben, das Arbeiten mit dem Verursachungsbegriff durch ein streng juristisches Aussehen nur vom „Tatbestand“ zu ersetzen.

Es bedarf aber wohl keines Beweises, daß die Fälle schwierigen und unsicheren Urteilens sich bei dem Ausgehen von dieser idealen Tatbestandsmäßigkeit vermehren müßten. Wenn wir auch an dem hier zur Besprechung stehenden Sachverhalt gesehen haben, daß unsere Feststellung der notwendigen Bedingung keineswegs immer so äußerlich, einfach und sicher ist, wie vielfach der Bedingungslehre nachgerühmt wird, daß Wahrscheinlichkeit oft statt Gewißheit genügen muß, so bleibt doch die Erkenntnis bestehen: äußerlicher und einfacher als das „tatbestandsmäßige Handeln“, die „charakteristische“ Ausführungshandlung und dergleichen ist dieser Anknüpfungspunkt der conditio sine qua non, diese strafrechtl. Arbeitshypothese immerhin.

Vielleicht würde rechtsstaatl. Gewissenhaftigkeit es hinnehmen oder sogar billigen, daß praktisch mancher, den wir heute verantwortlich machen, entschlüpft, weil der Kreis der äußeren Anknüpfungspunkte bei **Beling** enger gezogen ist. Aber würden wir bei solcher Verengung des Kreises noch in der Lage sein, die verbrecherische Wirklichkeit zu erfassen? **Hier** ist das **Mezgersche** Bedenken gegen das reine tatbestandl. Denken doch wohl begründet. In allem anderen stehe ich mehr auf **Belings** Seite, der in seiner Arbeit über den Stand der strafrechtl. Verursachungslehre nicht nur erneut die Bedeutung des Tatbestandes klar herausgearbeitet, sondern überhaupt in musterhafter Eindringlichkeit auf Erfordernisse strafrechtl. Begriffsbildung hingewiesen hat, gegen die im Schrifttum der letzten Jahre vielfach verstoßen wurde (s. bes. GS. 101, 3, 4/5, 13 V).

Im vorl. Falle wäre wohl auch bei dem Ausgehen von der „charakteristischen“ „Tötungs“handlung i. S. **Belings** zu verurteilen gewesen. Dagegen weicht **Beling** ausdrücklich ab von RGSt. 64, 370. M. E. ist aber auch dieser Entsch. zuzustimmen: weil aus den oben dargelegten Gründen bei den Tatbeständen von Erfolgsdelikten, die zur Bezeichnung der den Erfolg herbeiführenden Tätigkeit nur ein auch dem Sprachgebrauch nach unbestimmtes, unbegrenzt weit reichendes Zeitwort („töten“) verwenden, die nicht wegdenkbare Bedingung (als Mindesterfordernis des äußeren Tatbestands) genügen muß.

Prof. Dr. **Arthur Wegner**, Breslau.

Zu **16.** Die bei jedem Erfolgsdelikt auftauchende Frage, ob es nur durch positives Tun oder auch durch Unterlassen begangen werden kann (sog. unechtes Unterlassungsdelikt, **Frank**, § 1 IV), wird von Literatur und Rspr. schon von jeher dahin beantwortet, daß auch derjenige strafrechtlich verantwortlich ist, der einen gegen eine Verbotsnorm verstoßenden, einen strafbaren Tatbestand erfüllenden (d. h. im Sinne **Belings**: „tatbestandmäßigen“) Erfolg durch eine bestimmte Tätigkeit hätte verhindern können, hierzu auch rechtlich (nicht bloß sittlich) verpflichtet gewesen wäre, diese Pflicht aber vorsätzlich oder fahrlässig nicht erfüllt hat (RGSt. 10, 100 [101]; 39, 397; 58, 130 [131]). Als die drei Grundvoraussetzungen strafrechtlicher Haftung aus Unterlassung heben sich sonach hervor:

1. Ursachenzusammenhang zwischen Unterlassung und rechtsverletzendem Erfolg,
2. Rechtswidrigkeit der Unterlassung,
3. Verschulden.

Das Verdienst der vorliegenden Entsch. besteht nun in einem Doppelten: Einmal werden die aufgeführten Grundelemente der Unterlassungshaftung mit einer vorbildlichen, den Untergerichten leider

von dem der stromführende Draht ausging, zum Isolator an der Westwand des Hauses Nr. 48, zu dem er hinführte, ging mitten durch das Kehlblech, so daß der stark durchhängende Draht, wenn er von der ihn wegspannenden behelfsmäßigen Latte frei wurde, schon nach dem Gesetz der Schwere dem Kehlblech zustrebte. Die Anbringung des Kehlblechs, mit dem der stromführende Draht in Berührung gekommen war, hing mit einem an der Nordfront des Hauses 48 aufgeführten Zwerchhausneubau zusammen, dessen Dach mit dem alten Dach jenes Hauses Hohlkehlen bildete, die zur Ableitung des Regenwassers in die Dachrinnen mit Kehlblechen verkleidet wurden. Das Kehlblech ragte 10,5 cm über das — seinerseits um 16 cm über die Giebelwand vorspringende — Ortbrett des Daches hervor und reichte mit dem etwas aufgebogenen Ende in die Dachrinne, die noch weitere 8—10 cm hinausragte. Das Kehlblech sowie die den Draht von ihm fernhaltende Latte waren am 3. Mai 1929 angebracht worden. Der Angekl. hatte als Bezirkselektromonteur des Überlandwerks die Verpflichtung, die Ortsnetze zu überwachen und instand zu halten, zweimal jährlich die Leitungen zu kontrollieren, bei Bedarf kleine Erweiterungen vorzunehmen und nach den ihm gemeldeten Mängeln zu sehen, ferner sich um Bauten zu kümmern, wenn sie ihm gemeldet wurden oder ihm mitgeteilt wurde, daß etwas nicht in Ordnung sei. Von dem Umbau des Hauses Nr. 48 hatte er spätestens am 30. April 1929 gelegentlich seiner Anwesenheit in H. Kenntnis genommen. An diesem Tage war der Zwerchhausgiebel bereits aufgeschlagen, aber noch nicht vollständig gedeckt, da die Kehlbleche und Dachrinnen noch nicht angebracht waren. Der Angekl. hatte sich damals auf Veranlassung der Frau Str., der Ehefrau des Eigentümers des Hauses Nr. 48, in das zwischen der Westwand des Hauses Nr. 48 und der Ostwand des Hauses Nr. 47 befindliche, nur 1,6 m breite Gäßchen begeben, von dem aus man die zu den Isolatoren an der Westwand des Hauses Nr. 48 und von dort über das Gäßchen zu den Isolatoren an der Ostwand des Hauses Nr. 47 führende Drahtleitung überblicken konnte. Der Angekl. erklärte hierbei, daß eine Änderung der Leitung nicht geboten sei, da der Abstand — sc. des Drahtes von der Wand — nicht kleiner geworden sei. Auf ein Ersuchen der Ehefrau Str. v. 4. Mai 1929, er möge wegen der elektrischen Leitung nach H. kommen, erschien er am 6. Mai 1929, an dem die Kehlbleche und Dachrinnen sowie die behelfsmäßigen Latten zur Fernhaltung der Drähte bereits angebracht waren, wieder in H. Frau Str., die von der Anbringung der Latten keine Kenntnis hatte, sagte zum Angekl., sie habe immer Angst gehabt, wenn die Maurer und Flaschner unter den Drähten hätten durchschlüpfen müssen, die Drähte seien zu nahe am Hause; sie will hiermit alle Drähte gemeint und hinzugesetzt haben: „Auch die auf dem Dach." Der Angekl. will diesen Zusatz nicht gehört und die Bemerkung der Frau Str. wegen der Hervorhebung des Durchschlüpfens nur auf die über das Dach hinweggehenden Leitungen bezogen haben. Bei diesem Gespräch standen der Angekl. und Frau Str. vor dem dem Haus Nr. 48 gegenüberliegenden Haus Nr. 26; sie konnten von hier aus bis an das Kehlblech im Gäßchen sehen, nicht aber bis an die Dachrinne. Der Angekl. unterließ es diesmal, in das Gäßchen hineinzugehen und sagte lediglich, das mache nichts, das sei an vielen Häusern so. Er gibt zu, daß er bei Kenntnis des unvorschriftsmäßigen Zustandes der für den Tod der beiden Kl. ursächlichen Leitung sofort für deren ordnungsmäßige Herstellung gesorgt hätte.

Es wäre nun vor allem Aufgabe des BG. gewesen, objektiv unter Berücksichtigung der einschlägigen Unfallverhütungsvorschriften sowie einer etwaigen schriftlichen oder gedruckten Dienstanweisung für den Angekl. genau festzustellen, in welchen Beziehungen die Leitung ordnungswidrig war und welche Maßnahmen überhaupt und insbes. vom Angekl. hätten getroffen werden müssen, um die Ordnungswidrigkeit zu beseitigen. Soweit es bis jetzt beurteilt werden kann, scheint eine doppelte oder dreifache Ordnungswidrigkeit vorgelegen zu haben, nämlich die gefahrdrohende geringe Entfernung des stromführenden Drahtes vom Kehlblech, die besonders bedenklich war wegen des starken Durchhangs des Drahtes, ferner die behelfsmäßige Fernhaltung des stromführenden Drahtes durch eine nicht isolierte Holzlatte. Es kann ferner nach den bisherigen Feststellungen kaum bezweifelt werden, und wird offenbar vom Angekl. selbst nicht bestritten, daß der Angekl., wenn er jene Ordnungswidrigkeit wahrgenommen hätte, rechtlich verpflichtet und auch in der Lage gewesen wäre, für ihre Beseitigung zu sorgen, indem er entweder — wenn dies zu seinen Aufgaben gehörte — selbst die Leitungen derart anbrachte, daß eine Berührung mit den Metallteilen des Hauses auch im Falle eines Sturmes nach menschlichem Ermessen ausgeschlossen war, oder indem er — nach Vornahme einstweiliger Sicherungsmaßnahmen — die notwendigen Änderungen beim Werk beantragte. Es ist also die Frage zu prüfen, ob es dem Angekl. als Fahrlässigkeit angerechnet werden kann, daß er jene Ordnungswidrigkeit nicht wahrgenommen hat. Vom BerR. wird diese Frage verneint mit der Begründung: Bestimmte Kenntnis von dem Zwerchhausneubau habe der Angekl. am 30. April 1929 bekommen. An diesem Tage seien auf dem noch nicht völlig gedeckten neuen Giebel die Kehlbleche und Rinnen noch nicht angebracht gewesen; er habe nicht mit ihrer Anbringung und noch weniger damit zu rechnen brauchen, daß der Flaschner sie so weit über das Ortsbrett

---

nicht immer eigenen Klarheit geschieden und einander gegenübergestellt. Erst nachdem das Urteil mit aller Bestimmtheit die rechtliche Verpflichtung des Angekl. festgestellt hat, für die Beseitigung der („doppelten oder dreifachen") Ordnungswidrigkeit Sorge zu tragen, wird — in dieser durchaus richtigen Reihenfolge — die ganz andere weitere Frage erörtert, ob es dem Angekl. zum Verschulden zugerechnet werden kann, daß er jene Ordnungswidrigkeit nicht wahrgenommen hat. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob die diesbezüglichen Erörterungen des Urteils, das — im Gegensatz zum BG. — die Frage bejaht, nicht den Begriff der Fahrlässigkeit überspannen und die gerade neuerdings in der Literatur zum sog. normativen Schuldbegriff (Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff in Frank-Festgabe I, 443 ff.) und in der Rspr. (RGSt. 58, 27 ff. [30]) besonders deutlich und bestimmt aufgewiesenen Grenzen der „Zumutbarkeit" einhalten. Besonders beachtlich erscheinen weiter vor allem die Urteilsausführungen zum ersten wichtigsten Erfordernis einer Unterlassungshaftung, dem ursächlichen Zusammenhang zwischen Unterlassung und Erfolg. Hierbei ist vor allem in Betracht zu ziehen, daß vorliegendenfalls eine reine Unterlassung in Frage steht. Dann ist aber ein Ursachenzusammenhang zwischen Unterlassung und rechtsverletzendem Erfolg nur dann gegeben, wenn der Erfolg — ganz oder teilweise — nicht eingetreten wäre, falls die Unterlassung vorgenommen worden wäre. Anders ausgedrückt: Die unterlassene Handlung darf nicht hinzu-, die Unterlassung nicht fortgedacht werden können, ohne daß zugleich der Erfolg wegfiele. Der Unterlassende muß also jedenfalls die tatsächliche Anwendungsmöglichkeit gehabt haben. Die Verurteilung wegen eines unechten Unterlassungsdelikts erfordert mithin die Feststellung des Gerichts, daß nach seiner Überzeugung durch entsprechende Handlungen des (rechtspflichtwidrig) Unterlassenden der rechtsverletzende Erfolg abgewendet worden wäre. Diese Rechtsgrundsätze hat das RG. bereits wiederholt in mehreren Entscheidungen zum Ausdruck gebracht (RGSt. 15, 151 [153, 154]; 51, 127; 58, 130 [131]). In diesen Urteilen ist auch bereits der Gedanke enthalten, den das vorliegende Urteil nach einmal besonders nachdrücklich zum Ausdruck bringt: Ausreichend, aber auch erforderlich ist die Überzeugung des Gerichts vom Bestehen einer an Gewißheit grenzenden Wahrscheinlichkeit, daß bei pflichtgemäßem Verhalten der „Unterlassungstäter" den rechtsverletzenden Erfolg abgewendet hätte, d. h. also daß dieser Erfolg nicht eingetreten wäre. Ganz anders als der vorliegende liegt der — am Schluß des Urteils zitierte — Fall RGSt. 63, 211 (214) (vgl. dazu auch die sich mit dem gleichen Problem befassende, hier demnächst zum Abdruck gelangende Entsch. 1 D 342/31 v. 2. Mai 1931). Hier liegt kein reines Unterlassen vor, sondern ein Verhalten, das in Beziehung zu einem vorhergegangenen Tun des Angekl. steht. Dann aber genügt nach der von den StrSen. des RG. vertretenen Bedingungs- oder Äquivalentstheorie der bloße „Nachweis, daß ein schädigendes Ereignis tatsächlich als Wirkung eines bestimmten menschlichen Verhaltens eingetreten ist". Nur umgekehrt zur Verneinung des prima facie aus dem Bedingungscharakter des Verhaltens zu folgernden Kausalzusammenhangs genügte nicht schon die bloße Möglichkeit einer anderen Ursache von gleicher Wirkung, würde vielmehr erfordert, daß „die Gewißheit oder an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit, daß das schädigende Ereignis auch eingetreten sein würde, wenn das schuldhafte Verhalten nicht vorausgegangen wäre oder, wie zit. 1 D 342/31 es ausdrückt, das pflichtgemäße Verhalten „erfolglos gewesen sein würde".

RA. Prof. Dr. Alsberg, Berlin.

vorspringen lasse und die Drähte durch behelfsmäßige Holzlatten wegspannen werde. Bei seiner neuerlichen Anwesenheit in H. am 6. Mai 1929 sei er von der Frau Str. nicht darauf hingewiesen worden, daß an der Leitung im Gäßchen etwas gemacht worden sei; die Bemerkung der Frau Str. habe er auf die über das Dach führenden Leitungen beziehen können; hierdurch sei er veranlaßt worden, sich um die Leitung im Gäßchen nicht zu kümmern. Nachdem er erst am 30. April im Gäßchen gewesen sei und hierbei sich überzeugt habe, daß durch den Neubau das Gäßchen nicht enger geworden und die Drähte nicht näher an das Haus gekommen seien, habe er keinen Anlaß gehabt, am 6. Mai schon wieder dort nachzusehen; beim bloßen Vorübergehen an dem Gäßchen habe er aber den gefahrdrohenden Zustand der Leitung nicht erkennen können. Diese Begründung beruht — jedenfalls bei Zugrundelegung der bisherigen Feststellungen — auf einer zu engen Auslegung der rechtlichen Pflichten des Angekl. Zu den Pflichten des Angekl. gehörte die Überwachung und Instandhaltung der Ortsnetze. Hierin lag die — übrigens auch noch ausdrücklich festgestellte — Pflicht, „sich auch um Bauten zu kümmern, wenn sie ihm gemeldet waren oder wenn ihm mitgeteilt wurde, daß etwas nicht in Ordnung sei". Er hatte im gegebenen Falle am 30. April 1929 von dem Zwerchhausneubau am Haus Nr. 48 Kenntnis erlangt und war am 4. Mai 1929 von Frau Str. noch besonders gebeten worden, die Leitungen nachzusehen. Hieraus ergab sich für ihn im Zweifel, soweit nicht anderweite Zuständigkeiten festgestellt werden, die Verpflichtung, von sich aus zu prüfen, ob nicht durch den Neubau in bezug auf die hart an ihm vorbeiführende Leitung ein gefahrdrohender Zustand geschaffen worden ist; er durfte sich hierbei nicht auf die Angaben der Frau Str. verlassen, die als fachunkundige Bauersfrau nicht wissen konnte, in welchen Beziehungen infolge der Bauvornahme eine Gefahr entstanden und Änderungen an der Leitung notwendig geworden sind. Der Angekl. hat auch am 30. April dementsprechend gehandelt, indem er die Leitung vom Gäßchen aus besichtigte. Es kann nun dahingestellt bleiben, ob er schon an diesem Tage, an dem der neue Giebel noch nicht völlig gedeckt war, mit der Anbringung von vorspringenden Metallteilen rechnen mußte; denn jedenfalls konnte er, wie festgestellt, am 6. Mai 1929 schon bei der flüchtigen Besichtigung vom Haus Nr. 26 aus wahrnehmen, daß nunmehr ein Kehlblech angebracht und die Eindeckung des neuen Giebels vollendet war. Er hätte daher wohl Veranlassung gehabt, vom Gäßchen aus nochmals nachzusehen, ob nicht durch die inzwischen ausgeführten Arbeiten ein gefahrdrohender Zustand geschaffen worden war. Die von ihm am 30. April getroffene Feststellung, daß „die Drähte nicht näher an das Haus gekommen seien", schloß nicht aus, daß durch die inzwischen ausgeführten Dacharbeiten Teile des Daches näher an die schon vorher ganz nahe vorbeilaufenden Drähte herangeführt worden waren. Selbst wenn aber der Angekl. hiermit nicht gerechnet hätte, so hätte doch beim Anblick des neu angebrachten, aus Metall bestehenden Kehlblechs die Erwägung nahegelegen, daß hierdurch die Gefahr, die bei einer durch Windstoß verursachten Berührung des stark durchhängenden Drahtes mit dem Dach eintreten konnte, bedeutend erhöht worden war. Bei der ihm doch wohl obliegenden gründlichen Schlußprüfung des fertiggestellten Neubaus in bezug auf sein Verhältnis zu den Außenleitungen, zu der er von der Frau Str. noch ausdrücklich herbeigerufen war, würde er dann, wie nach den bisherigen Feststellungen angenommen werden darf, die Ordnungswidrigkeit der Leitung in den oben erwähnten Beziehungen und damit auch die Möglichkeit einer körperlichen Beschädigung oder Tötung von Menschen durch Übergang des Stromes auf die leitenden Metallteile des Neubaues erkannt haben. Das BG. wird unter Berücksichtigung der Unfallverhütungsvorschriften, der für den Angekl. bestehenden Dienstvorschriften und der Fähigkeiten und Kenntnisse des Angekl. nochmal prüfen, ob nicht Gedankengänge der angedeuteten Art zur Annahme führen müssen, daß die Nichtwahrnehmung der eingetretenen Ordnungswidrigkeiten der Leitung auf einer Fahrlässigkeit des Angekl. beruht.

Würde diese Frage bejaht, dann könnte kein Zweifel darüber bestehen, daß der Tod der beiden Kl. durch diese Fahrlässigkeit verursacht worden ist. Hätte der Angekl. die Ordnungswidrigkeit wahrgenommen, so würde er, wie er selbst sagt, für ihre Abstellung gesorgt, den gefahrdrohenden Zustand beseitigt und so einen Unfall verhütet haben. Die ganz entfernte Möglichkeit, daß der Tod der beiden Kl. zur gleichen Zeit und in der gleichen Weise durch irgendeine andere Ursachenreihe hätte herbeigeführt werden können, würde der Annahme nicht entgegenstehen, daß er nach dem wirklichen Verlauf der Dinge durch die fahrlässige Unterlassung des Angekl. verursacht worden ist. Es würde dafür genügen — aber freilich hier, wo eine reine Unterlassung in Frage steht (anders als im Falle RGSt. 63, 211 [212 ff.], 7), auch erforderlich sein — das Bestehen einer an Gewißheit grenzenden Wahrscheinlichkeit, daß bei pflichtgemäßem Verhalten des Angekl., insbes. bei gründlicher Besichtigung und bei einer ordnungsmäßigen — nach menschlichem Ermessen sturmsicheren — Instandsetzung der Leitung, der Unfall nicht eingetreten wäre.

(1. Sen. v. 10. März 1931; 1 D 956/30.) [A.]

17. §§ 263, 267, 43, 46 StGB.

1. Der Tatbestand der fälschlichen Anfertigung einer Urkunde setzt voraus, daß eine Täuschung nicht nur über den Namen, sondern über die Person des Ausstellers der Urkunde bewirkt wird. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn die Vertragsurkunden dem Täter nach seiner Absicht nicht zum Nachweis wirksam entgegengehalten werden können, daß er es war, der die Verträge geschlossen oder angebahnt habe.

2. Befürchtete bei einem Betrugsversuch der Täter nur, daß der Betroffene im Laufe der weiteren Verhandlungen seine betrügerische Handlungsweise erkennen werde, so würde das die Freiwilligkeit des Rücktritts nicht ohne weiteres ausgeschlossen haben. Das wäre nur dann der Fall, wenn der Täter befürchtet hätte, daß der Betroffene im weiteren Verfolg seiner Absichten durchschauen und Anstalten zu seiner Ergreifung treffen werde.†)

I. Der Tatbestand der fälschlichen Anfertigung einer Urkunde setzt, wie die Rev. zutreffend hervorhebt, voraus, daß eine Täuschung nicht nur über den Namen, sondern über die Person des Ausstellers der Urkunde bezweckt wird. Richtig ist auch, daß der Angekl. bei der Unterzeichnung der Vertragsurkunden den Vertragsgegnern gegenüber nicht den Glauben hervorrufen wollte, daß ein anderer als er selbst sie ausgestellt hatte und daß das gar nicht möglich gewesen wäre, weil jene bei der Unterzeichnung zugegen waren; wohl aber sollten die Vertragsgegner in den Irrtum versetzt werden, daß er eine andere Person sei, als der Wirklichkeit entsprach, nämlich der Mitinhaber oder Vertreter einer Firma, namens D. und P., die das Abholzen eines Waldes beabsichtige und daselbst eine Kantine verpachten wolle (Fälle I 1—3) oder daß er Betriebsleiter einer Firma sei, die eine Baukantine zu vergeben habe (Fall II). Das hat er, wie festgestellt, getan, um später aus der Ausstellung der Urkunden nicht zur Verantwortung gezogen werden zu können. Er wollte also vermeiden, daß man bei den Nachforschungen nach dem Unterzeichner der Urkunden auf seine Person verfalle. Die Urkunden

---

Zu 17. Zur Verurteilung wegen Urkundenfälschung gehört nicht nur, daß der Täter eine Urkunde fälschlich anfertigt, er muß auch von ihr zum Zweck einer Täuschung Gebrauch machen und die Handlungen in rechtswidriger Absicht begehen. Im Komm. von Olshausen läßt sich an mehreren, der Rspr. entnommenen Beispielen nachweisen, daß es auch dem RG. nicht immer gelungen ist, beiden Erfordernissen des Tatbestandes in richtiger Weise gerecht zu werden. Unterzeichnet jemand eine Urkunde mit einem ihm nicht zukommenden, insbes. mit einem erdichteten Namen, so ist die Urkunde falsch, auch dann, wenn der Aussteller den Empfänger der Urkunde nicht über seine Person täuschen und das urkundliche Versprechen erfüllen will; man denke an einen Mietsvertrag, den A. mit dem angenommenen Namen R. unterschreibt, um sein aus anderen Gründen angenommenes Inkognito zu bewahren, nicht aber um den Vermieter über seine Identität mit dem Unterzeichner des Mietvertrages zu täuschen (anders Kirchner bei Olshausen, Note 30 II b zu § 267),

rührten demnach in jedem Falle von einer anderen Person her, als diejenige war, auf welche die Namensunterschrift als Aussteller hinwies. Nach seiner Absicht sollten die Urkunden dem Angekl. nicht zum Nachweis wirksam entgegengehalten werden können, daß er es war, der die Verträge geschlossen oder angebahnt habe. Damit ist jene Voraussetzung erfüllt (RGSt. 13, 245; 30, 43; 48, 238). Unerheblich ist es, daß der Angekl. in den drei ersten Einzelfällen sich schon zuvor den falschen Namen beigelegt hatte (Entsch. des erk. Sen. v. 25. Febr. 1924, II 132/24 und des 1. Sen. v. 4. Mai 1914 und 11. Febr. 1915, I 527/14, I 16/15).

2. Die Grundlage zur Verurteilung im Falle II hat nur der Brief gebildet, den der Angekl. an Kurt B. gerichtet und mit „Steiner Betriebsleiter" unterzeichnet hatte. Mit Recht hat das BG. angenommen, daß dieses Schreiben eine Privaturkunde darstellt, welche zum Beweise von Rechten und Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist. Der Brief enthielt eine Bestellung des Empfängers zum Abschluß eines Vertrags und die Mitteilung, daß es sich um einen großen Kantinenbetrieb handle, bei dessen Übernahme eine Kaution von 500 RM zu erlegen sei, und die Aufforderung, 112 RM mitzubringen, da der Vertrag gestempelt werde. Der Brief war daher, seine Echtheit vorausgesetzt, mindestens zum Beweis dafür geeignet, daß der Schreiber das Recht und die Absicht habe, eine Kantine zu verpachten, und geneigt sei, mit dem Empfänger in Vertragsbeziehungen zu treten.

II. Rechtliche Bedenken bestehen jedoch nach den bisherigen Feststellungen gegen die Annahme eines strafbaren Betrugsversuchs im Falle II.

Der Angekl. hat eine Zeitungsanzeige aufgegeben: „Ehepaar für Baukantine gesucht, Kaution erforderlich" und an Kurt B., der sich meldete, den erwähnten Brief geschrieben. Der Angekl. wollte ihn, wie die anderen, in den Irrtum versetzen, daß er eine Kantine zu verpachten habe, und zum Schein einen Pachtvertrag abschließen, um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, sei es nur einen Geldbetrag, der ihm für die Stempelkosten übergeben würde, sei es auch einen solchen, der als Kaution dienen sollte. Die mündlich begonnenen Verhandlungen mit B. hat er aber ohne Erreichung seines Zweckes abgebrochen. Einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch hat das BG. nicht angenommen, weil der Angekl. die Fortsetzung des Betrugsversuchs offenbar aufgegeben habe, weil er aus dem Verhalten des B. die Besorgnis alsbaldiger Entdeckung geschöpft habe. Dieses Verhalten des B., der wegen des im Briefe geforderten hohen Stempelbetrags von 112 RM Verdacht hatte, bestand darin, daß er an den Angekl. eingehende Fragen richtete.

Der Angekl. hat schon mit der Zeitungsanzeige und in dem mit St. unterzeichneten Brief falsche Tatsachen vorgespiegelt und dieses Verfahren bei den mündlichen Verhandlungen fortgesetzt, indem er sich (fälschlich) als St. auswies und das Unternehmen als gut und glänzend hinstellte. Das BG. hat aber gleichwohl einen unbeendeten Versuch angenommen, offenbar davon ausgehend, daß der Angeklagte das Geld, auf das er es abgesehen hatte, erst noch verlangen wollte, wenn der Pachtvertrag abgeschlossen sei. Darauf deutet u. a. die Anführung des § 46 Nr. 1 StGB. hin. Der Satz, der Betrug sei nur deshalb nicht zur Vollendung gekommen, weil B. sich nicht in einen Irrtum versetzen ließ, scheint dazu nicht recht zu passen, steht aber mit jener Annahme nicht in unlösbarem Widerspruch.

Die dürftige Begründung reicht jedoch nicht aus, um ein Urteil zu ermöglichen, ob das BG. sich von einem Rechtsirrtum freigehalten hat.

Hätte der Angekl. mit Sicherheit erkannt, daß B. ihn durchschaute und weitere Täuschungsversuche erfolglos seien, dann läge freilich ein fehlgeschlagener Versuch vor und kein freiwilliger Rücktritt. Das ist aber nicht festgestellt. Nach den Urteilsausführungen ist vielmehr anzunehmen, daß der Angekl., ohne fest überzeugt zu sein, daß die Täuschung nicht gelinge, sein Vorhaben nur deshalb aufgab, weil er nicht mehr recht traute und seine Entdeckung nur befürchtete. Das Urteil läßt aber besonders nicht erkennen, daß die äußeren Umstände, welche den Angekl. zum Entschluß brachten, sein Vorhaben aufzugeben, so zwingend waren, daß nach den Auffassungen des praktischen Lebens der Rücktritt kein freiwilliger war (RGSt. 37, 402; 55, 66). Die bloße Furcht vor alsbaldiger Entdeckung ergibt nicht notwendig einen solchen zwingenden Umstand. Es kommt darauf an, was darunter zu verstehen ist. Befürchtete der Angekl. nur, daß B. im Laufe der weiteren Verhandlungen die betrügerische Handlungsweise des Angekl. erkennen werde, dann würde das die Freiwilligkeit des Rücktritts nicht ohne weiteres ausgeschlossen haben (RGSt. 47, 74). Hätte er aber Furcht gehabt, daß B. im weiteren Verfolg der Besprechungen seine Absichten durchschauen und Anstalten zu seiner Ergreifung treffen werde, dann wäre der Angekl. an der Ausführung des beabsichtigten Betrugs durch Umstände gehindert worden, die von seinem Willen unabhängig waren. Hierüber hat sich aber das BG. nicht hinreichend deutlich ausgesprochen.

(2. Sen. v. 1. Juni 1931; 2 D 322/31.) [A.]

Hier liegt der Fall aber nicht so; der Angekl. hat die Urkunde mit einem erdichteten Namen unterzeichnet, um zu verhindern, daß er wegen der darin eingegangenen Verpflichtungen von dem Vertragsgegner in Anspruch genommen werde. Daraus ist klar ersichtlich, daß er in rechtswidriger Absicht die Urkunde fälschlich angefertigt und von ihr „zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht" hat. Den Ausführungen der Entsch. zu diesem Punkt kann durchaus beigetreten werden.

Das gleiche gilt von der Beurteilung des in Ziff. 2 besprochenen Briefes als eine zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen erheblichen Privaturkunde.

Dem II. Teil der Entsch. kann ich dagegen nicht zustimmen. Er behandelt zunächst die schwierige Frage, ob ein Betrugsversuch, der nicht zur Täuschung des zu Schädigenden geführt hat, wenn er weitergeführt werden konnte, als fehlgeschlagen oder als unbeendigt anzusehen ist. Rein objektiv läßt sich diese Frage nicht beantworten, vielmehr kommt es dabei auf die subjektive Einstellung des Täters an. Glaubt er trotz der Erkenntnis, daß seine Bemühungen bisher erfolglos waren, durch weitere Vorspiegelungen noch zum Ziel kommen zu können, dann ist seine bisherige Tätigkeit als unbeendigter Versuch auch dann anzusehen, wenn sich später herausstellt, daß sich der andere nicht hat täuschen lassen. So scheint mir aber der Fall hier nicht zu liegen. Aus den — allerdings wohl recht unklaren — Feststellungen der Vorinstanz entnimmt das RG., daß der Angekl. den Fehlschlag seines Versuchs für wahrscheinlich angesehen und daher seine Weiterführung aufgegeben hat. Er hat aus den eingehenden Fragen des zu Täuschenden gemerkt, daß dieser Verdacht geschöpft hatte. Sonst hätte er seine Vorspiegelungen jetzt und bei weiteren Verhandlungen fortgesetzt. Gerade dieser Umstand hat die Vorinstanz bewogen, unbeendigten Versuch und nicht fehlgeschlagenes Verbrechen anzunehmen. Mir will er im Gegensatz zum RG. unerheblich erscheinen. Kann, wie hier, festgestellt werden, daß die Täuschung bis jetzt mißlungen war und der Täter mit den Vorspiegelungen aufgehört hat, weil er mit ihrer Ergebnislosigkeit rechnete, dann genügt das, um fehlgeschlagenes Verbrechen anzunehmen. Das RG. hätte daher das Urteil der StrK. nicht nur wegen eines möglicherweise, sondern wegen wirklich vorliegenden Rechtsirrtums aufheben können.

Stellt man sich auf den Standpunkt des RG., es könne doch vielleicht unbeendigter Versuch angenommen werden, dann erhebt sich die Frage, ob Furcht vor Entdeckung ein Umstand ist, der den Rücktritt als unfreiwillig erscheinen läßt. Das RG. läßt durchblicken, daß es die Frage verneinen würde; nur dann sieht es den Rücktritt aus Furcht vor Entdeckung für erzwungen an, wenn der Täter weitere Handlungen des Entdeckenden befürchtet, die zu seiner (des Täters) Ergreifung und Bestrafung führen. Das RG. befindet sich darin in Übereinstimmung mit der jetzt wohl herrschenden Lehre. (Besonders umfassende Literaturangaben bei Frank, 18. Aufl., Note II zu § 46; gl. Ansicht neuerdings v. Hippel, D. Strafr., Bd. II S. 412 und Mezger, Lehrb. S. 405.) Die den Wortlaut des § 46 Ziff. 1 StGB. in dieser Weise auslegende Ansicht läßt sich noch klarer so formulieren: Furcht vor Entdeckung an sich ist kein die Freiwilligkeit des Rücktritts aufhebendes Motiv; sie ist es nur dann, wenn der Täter glaubte, die Entdeckung würde ihn nicht zur Vollendung der Ausführung kommen lassen. Ich kann mich dieser Meinung nicht anschließen. Sicherlich kommt es auf die Sittlichkeit des Motivs nicht an. Aber auch die Furcht vor Entdeckung erst nach Abschluß der Ausführung — der Täter merkt z. B., daß er keine Handschuhe anhat, und befürchtet verräterische Fingerabdrücke — scheint mir ein zwingendes Motiv, ein Umstand zu sein, der, wie das Gesetz sagt, von dem Willen des zurücktretenden unabhängig ist. Mit dem Inkrafttreten des neuen StGB. wird die Streitfrage verschwinden. § 27 des RTEntw. (von der Strafrechtskommission nicht abgeändert) läßt Straflosigkeit nur für den eintreten, der „aus freien Stücken die Ausführung aufgibt".

Prof. Dr. Merkel, Greifswald.

18. § 267 StGB. **Die fälschliche Anfertigung einer Urkunde kann darin bestehen, daß der in der Urkunde als Verfasser bezeichneten Person ein ihr nicht zukommender Titel beigelegt wird.** †)

Die fälschliche Anfertigung einer Urkunde ist gegeben, wenn dieser der Anschein verliehen wird, sie rühre von einer anderen Person her als wirklich der Fall ist. Dazu bedarf es nicht unbedingt der Unterzeichnung der Urkunde mit einem anderen Namen, als ihn der wahre Hersteller der Urkunde wirklich führt, vielmehr kann die Täuschung über die Person des Ausstellers auch auf andere Weise, z. B. durch Beifügung irreführender Zusätze zu der Namensunterschrift hervorgerufen werden (RGSt. 55, 173). Erforderlich ist nur, daß die auf den wahren Aussteller nicht zutreffenden Zusätze über dessen Person und nicht nur über Eigenschaften von ihm zu täuschen geeignet sind und täuschen sollen (RGSt. 48, 238). Ob der eine oder andere Fall vorliegt, hängt immer von den jeweiligen Umständen ab. Ist aber derjenige, dem gegenüber von der Urkunde Gebrauch gemacht wird, für die Feststellung ihres Urhebers allein oder vorzugsweise auf den Inhalt der Urkunde angewiesen, so enthält im Zweifel jeder dem Namen des Ausstellers beigefügte Titel eine nähere Kennzeichnung dieser Person, die sie aus dem Kreise aller Träger dieses Namens aussondert, ihre Individualität innerhalb dieses Kreises näher bestimmt. Im vorliegenden Falle bestehen daher gegen die Annahme, daß die mit B. „Bergrat" unterzeichneten Schreiben, da der in Frage kommende B. nicht Bergrat war, fälschlich angefertigte Urkunden waren, keine rechtlichen Bedenken.

(2. Sen. v. 14. Juli 1930; 2 D 725/29.) [A.]

19. §§ 284, 284a, 284b, 285 StGB. **Bei der für die Annahme eines Glücksspiels entscheidenden Frage, ob die Entscheidung über Gewinn und Verlust wesentlich vom Zufall oder von der Geschicklichkeit abhängt, sind die Geschicklichkeitstreffer nicht lediglich den Zufallstreffern, sondern den gesamten auch die Verlierer umfassenden Spielergebnissen gegenüberzustellen.** †)

(3. Sen. v. 20. April 1931; 3 D 186/31.) [A.]

Abgedr. JW. 1931, 2813[32].

20. §§ 348, 351, 73 StGB. **Möglichkeit der Idealkonkurrenz zwischen Falschbeurkundung nach § 348 Abs. 1 Halbsatz 1 StGB. und durch Vorlegung unrichtiger Belege qualifizierter Amtsunterschlagung.**

Falschbeurkundung nach § 348 Abs. 1 Halbsatz 1 StGB. geht, wie gegenüber der Revisionsbegründung hervorzuheben ist, zum mindesten nicht in der hier aus § 351 StGB. allein in Betracht kommenden „Vorlegung unrichtiger Belege" auf. Wenigstens gegenüber solchen Straftaten würde die Ansicht Franks, StGB. § 351 Anm. II Abs. 2 nicht zutreffen, wenn sie, wie die Rev. meint, dahin gehen sollte, daß auch in einem solchen Falle eine Rechtslage der von ihm zu § 73 Anm. VII 2 c α bezeichneten Art gegeben sei. Dadurch, daß die StrK. ein rechtliches, nicht etwa ein sachliches Zusammentreffen zwischen § 348 und § 351 StGB. angenommen hat, ist der Angekl. nicht beschwert (vgl. noch über das Verhältnis von § 348 Abs. 2 zu § 351 StGB. das Urt. RGSt. 59, 339). Übrigens kann es nach dem Zusammenhang der Gründe keinem Zweifel unterliegen, daß der Angekl. Rechnungen oder Register i. S. des § 351 StGB. geführt hat, zu denen er die unrichtigen Belege vorgelegt hat.

(1. Sen. v. 2. Juni 1931; 1 D 389/31.) [A.]

2. Sonstiges materielles Recht.

21. §§ 359, 367 RAbgO.; §§ 69 ff. EinkStG.

1. Reichen die vorhandenen Mittel zur Zahlung des vollen Lohnes — einschließlich des einzubehaltenden Steuerbetrages — nicht aus, so muß der Lohn entsprechend gekürzt und von dem herabgesetzten Betrag die diesem entsprechende Steuer abgezogen und an die Steuerbehörde abgeführt werden.

2. Zum Vorsatz der Lohnsteuerhinterziehung gehört das Bewußtsein des Täters, daß durch sein Verhalten (Auszahlung des vollen Lohnes) die Steuern verkürzt werden. †)

Die Ausführungen der StrK. (UA. S. 3 und 5) sind so

Zu 18. In der vorl. Entsch. handelt es sich um die Frage, ob eine fälschliche Anfertigung einer Urkunde, d. h. eine Täuschung über den Aussteller, auch darin zu sehen ist, daß der Hersteller der Urkunde diese zwar mit seinem eigenen Namen unterzeichnet, dem Namen aber einen irreführenden Zusatz beifügt, der nicht nur über persönliche Eigenschaften des Ausstellers täuscht, sondern geeignet ist, über die Identität der Person eine irreführende Meinung zu erwecken. Diese Frage wird in Übereinstimmung mit der bisherigen Rspr. mit Recht bejaht. (Vgl. RG. III v. 20. April 1903: GoltdArch. 50, 278; I v. 2. Dez. 1920 und insbes. die auch hier zitierte Entsch. I v. 8. Nov. [2. Dez.] 1920: RG. 55, 173, die Merkel: JW. 1921, 579[2] besprochen hat.) Auch das Schrifttum hat sich auf diesen Standpunkt gestellt. (Binding, Lehrb. II, 235; LpzKomm. Anm. 28[2] und 34[2] zu § 267; Olshausen[11] Anm. 32a zu § 267.) Zutreffend führt Binding aus, daß eine fälschliche Anfertigung dann vorliege, wenn die Urkunde einen Aussteller mit ganz bestimmten Qualitäten verlange, auf denen die Beweiskraft der Urkunde ruhe, und der Aussteller seinem eigenen Namen einen auf jene Eigenschaften hinweisenden Zusatz gäbe, obwohl er diese Eigenschaften nicht besitze, mithin „für die Urkunde den Charakter der aussagenden Persönlichkeit, somit die Beweisrichtung der Urkunde vollständig ändert". (Vgl. dazu auch die von Binding a. a. O. S. 235 Anm. 4, 5 angegebene Judikatur.) Sorgfältig ist dabei jedoch stets zu prüfen, ob der der Unterschrift beigefügte Zusatz der echten Urkunde nicht etwa nur einen unwahren Inhalt gibt, und Merkel hat a. a. O. mit Recht darauf hingewiesen, daß von den sechs in RGSt. 55, 173 zitierten Entsch. fünf für die Auffassung des RG. nicht beweiskräftig sind, daß insbes. auch der Fall RGSt. 55, 173 nicht eine fälschliche Anfertigung enthält, sondern eine schriftliche Lüge. Anders verhält es sich jedoch im vorliegenden Fall. Hier handelt es sich nicht um eine Eigenschaft, die über die Befugnisse des Ausstellers täuscht, dabei aber einen Identitätsirrtum nicht aufkommen läßt, sondern um einen Zusatz, der den Aussteller als eine völlig andere Person erscheinen läßt. Diese falsche Identitätsvorstellung wird, wie das RG. richtig hervorhebt, dadurch begründet, daß der, demgegenüber von der Urkunde Gebrauch gemacht wird, lediglich auf den Inhalt der Urkunde angewiesen ist, und daß es die Beweisrichtung der Urkunde völlig ändert, wenn diese von einem „Bergrat" ausgestellt ist und nicht von einer Person, der diese amtliche Stellung nicht zukommt. Der Name ist eben hier gegenüber der Bezeichnung „Bergrat" nahezu bedeutungslos und kommt für den Beweiswert der Urkunde kaum in Betracht. Die Sache liegt ebenso, wie wenn ein Nichtarzt unter der Bezeichnung „approbierter Arzt" ein Gesundheitsattest ausstellt: ob dieser Aussteller Müller, Meier, Schmidt usw. heißt, ob er mit seinem wahren, einem fingierten oder einem unleserlichen Namen unterzeichnet, ist ohne Erheblichkeit gegenüber der Tatsache, daß er sich als Arzt ausgibt.

Prof. Dr. G. Bohne, Köln.

Zu 19. A. Anm. Kern, ebenda.

B. Mit der üblichen Unterscheidung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspielen kann ich mich nicht befreunden. M. E. ist es wesentlich, ob dem Spieler rechtlich möglich ist, sich Geschicklichkeit zu erwerben. An einem Preisskat z. B. nimmt niemand teil, der nicht schon vielfach Karten gespielt hat und sich imstande glaubt, die in der Kartenzuteilung liegenden Chancen richtig zu erkennen. Ob dann nachher mit Stralsunder oder Altenburger Karten gespielt wird, ist gleichgültig. Beim Kegelspiel kommt es auch auf die Beschaffenheit der einzelnen Bahn an; diese muß vorher ausgeprobt werden, und dem Wirt ist es durchaus willkommen, wenn er vorher zahlreichen Besuch auf seiner Bahn hat. Die Wirtshausautomaten sind aber nicht genau gebaut. Es genügt nicht, daß jemand einen gleichartigen Apparat zu Hause hat und sich darauf einspielt, sondern er muß sich gerade auf dem ausgestellten Apparate einspielen. Der Wirt kann aber nicht gestatten, daß jemand so lange ins Unreine und auf Probe spielt, bis er den Apparat genau kennengelernt hat. Wenn der Wirt das duldete, so würde er den Zweck des Apparats vereiteln. Auch kann der Wirt ohne Verletzung der Vertragstreue jederzeit Kleinigkeiten an dem Apparat ändern, so daß die bis dahin erworbene Übung nichts nützt. Ich sehe also in allen Apparaten, die keine risikolose Einübung gestatten, Glücksspielapparate. Eine andere Frage ist aber, ob diese Groschenmaschinen so wichtig sind, daß es sich lohnt, Polizei und Gerichte damit zu bemühen, und ob für den Gesetzgeber die Freigabe zu empfehlen wäre.

JR. Karl Friedrichs, Ilmenau.

Zu 21. 1. Die Entsch. geht davon aus, daß der Angekl. durch die Verwendung der buchmäßig errechneten und einbehaltenen Lohn-

zu verstehen, daß der Angekl. die Lohnsteuerbeträge nach den jeweils bestehenden gesetzlichen Bestimmungen und Ausführungsvorschriften zwar buchmäßig errechnet und einbehalten, aber nicht an die Steuerbehörde abgeführt, sondern zu anderen geschäftlichen Zwecken (Lohnzahlungen) verwendet habe. Die StrK. hält das deshalb für erlaubt, weil der Angekl. „ein Interesse daran gehabt habe, durch Fortzahlung der Arbeitslöhne den Betrieb aufrechtzuerhalten". Diese Auffassung ist rechtsirrig. Reichen die vorhandenen Mittel zur Zahlung des vollen Lohnes — einschließlich des einzubehaltenden Steuerbetrages — nicht aus, so muß der Lohn entsprechend gekürzt und von dem herabgesetzten Betrag die diesem entsprechende Steuer abgezogen und an die Steuerbehörde abgeführt werden (Urt. des erk. Sen. v. 2. Okt. 1930, 3 D 218/30).

Zum Vorsatz gehört nur das Bewußtsein, daß durch das Verhalten des Angekl. (Auszahlung des vollen Lohnes) die Steuer verkürzt werde (vgl. im übrigen RGSt. 63, 95 [99 ff.]; auch 61, 81 [83 ff.]).

Da die Urteilsgründe hiernach die Freisprechung von der Anklage der Lohnsteuerhinterziehung nicht zu rechtfertigen vermögen, war das Urt. dem Antrag des Oberreichsanwalts entsprechend aufzuheben. Die StrK. wird demnächst erneut zu prüfen haben, ob sich der Angekl. nach dem Gesagten — auch unter Berücksichtigung seines sonstigen Verhaltens — nicht doch dieses Vergehens schuldig gemacht hat. Verneinendenfalls wäre zu untersuchen, ob nicht wenigstens eine Steuergefährdung nach § 367 RAbgO. vorliegt.

(3. Sen. v. 16. Febr. 1931; 3 D 1065/30.) [A.]

II. Verfahren.

22. § 244 StPO. Durch die Nennung des Namens des Zeugen und die Angabe darüber, bei wem oder durch wen Näheres über ihn festgestellt werden könne, ist die Persönlichkeit des Zeugen den Erfordernissen eines wirksamen Beweisantrags gemäß so ausreichend bestimmt, daß das Gericht den angebotenen Beweis nicht als Beweisermittlungsantrag ablehnen darf, sondern die Pflicht zur Ermittlung von Persönlichkeit und Anschrift des benannten Zeugen hat.†)

Die StrK. ist zu der Überzeugung gelangt, daß Ba. von mehreren Personen mißhandelt worden ist, u. a. von einem Mann in einem grünen Hemde, daß ferner Bo. dieser Mann gewesen sei und gemeinschaftlich mit Ch. den Ba. mißhandelt

---

steuerbeträge zu Lohnzahlungen zunächst objektiv seine Steuerpflicht verletzt habe, auch wenn diese Verwendung im Interesse der Aufrechterhaltung des Betriebes erfolgt sei. Mangels ausreichender Mittel zur Zahlung der späteren Löhne hätten diese gekürzt und von den gekürzten Löhnen die entsprechenden Steuerbeträge einbehalten und abgeführt werden müssen. Dieser Auffassung ist zuzustimmen, weil im anderen Falle der Steuerfiskus der alleinige Leidtragende wäre, wodurch eine Gefährdung des Staatshaushalts eintreten könnte. So auch KG.: JW. 1930, 3169⁹ und Becker-Strauß, Komm. z. EinkStG. § 69 Anm. 7.

2. Ob in der Handlung des Angekl. ein vorsätzliches Steuervergehen gem. § 359 RAbgO. a. F. zu erblicken ist, soll von der noch nachzuprüfenden Frage abhängig sein, ob in der anderweitigen Verwendung der Lohnsteuerbeträge und dem sonstigen Verhalten des Angekl. das Bewußtsein der Steuerverkürzung enthalten wäre. Zu dieser die innere Tatseite betreffenden Frage wird lediglich auf die Entsch. des RGSt. 63, 95 ff. und 61, 81 ff. hingewiesen. Man kann den Standpunkt des RG. in diesem Punkte heute als abgeschlossen ansehen. Den angezogenen sowie RGSt. 62, 328; 60, 182 ff. (unter eingehender Darstellung der Entwicklung der Rspr.), ferner der Entsch. des 2. StrSen. v. 22. Sept. 1930: JW. 1931, 313[12] (mit Anm. von Frhr. Riederer v. Paar) sind folgende Leitsätze zu entnehmen, die sich wesentlich mit der Ansicht von Becker, Komm. z. RAbgO. § 359 Anm. 2 a. F. decken: An sich ist die Nichtzahlung und noch weniger die nicht rechtzeitige Zahlung der geschuldeten Steuern keine strafbare Steuerhinterziehung oder Steuergefährdung. Sie kann es jedoch sein, wenn das Verhalten des Steuerschuldners den Vorwurf der Täuschung der Steuerbehörde oder einer Fahrlässigkeit nach dieser Richtung hin begründet. Das ergibt sich insbes. für den Hinterziehungstatbestand des § 359 a. F. aus den Worten: „erschleichen" und „vorsätzliches Bewirken der Verkürzung von Steuereinnahmen". Wer eine fällige Steuer trotz Zahlungswilligkeit wegen Zahlungsunfähigkeit nicht zahlt, begeht keine Steuerhinterziehung (RGSt. 60, 184), aber auch der nicht, der vorsätzlich trotz Zahlungsfähigkeit die Zahlung unterläßt. So Becker a. a. O., der die abweichende Auffassung älterer gerichtlicher Erkenntnisse verwirft und mit Recht darauf hinweist, daß sie der gemeingewöhnlichen Auffassung entgegensteht. Andererseits wird anerkannt, daß zum Hinterziehungstatbestand nicht immer ein positives Tun, sondern unter Umständen auch ein negatives Verhalten und eine Unterlassung ausreicht, aber nur dann, wenn die Unterlassung ein unehrliches, steuerwidriges Verhalten offenbart, d. h. eine Täuschung der Steuerbehörde bewirken kann und soll; so wenn bewußtermaßen eine in den Steuergesetzen enthaltene Pflicht zur Erklärung oder sonstige Offenbarung verletzt wird. Eine derartige fraudulose Unterlassung wird namentlich bei Steuervorauszahlungen (Umsatz- und Körperschaftsteuer) sowie bei der Lohnsteuer bejaht, „wenn der Angekl. die gesetzliche Frist zur Zahlung der Umsatzsteuer in der Erkenntnis wissentlich hat verstreichen lassen, daß daraus, neben einem Vorteil für ihn, für das Reich ein Entgang der bereits fällig gewordenen Steuereinnahme, sei es auch nur auf Zeit, eintreten werde ... Folge der Unterlassung also ist, daß die Finanzbehörde in Unkenntnis darüber erhalten werde, ob und in welcher Höhe die Steuern zu entrichten sind, und daß ihre alsbaldige Beitreibung erschwert oder vereitelt wird. Die bewußte Nichterfüllung einer solchen Rechtspflicht begründet daher gegen den Steuerschuldner die Annahme der Verschweigung dieser Steuerpflicht." So RGSt. 60, 185/86. In RGSt. 61, 84 ist besonders scharf hervorgehoben, daß der Tatbestand einer vorsätzlichen Lohnsteuerhinterziehung in der Begehungsform der Verkürzung der Steuereinnahme nicht bereits dadurch erfüllt werde, daß der Steuerpflichtige die Entrichtung fälliger Steuerbeträge unterließ mit dem Bewußtsein, und insofern mit dem Vorsatz, hierdurch den rechtzeitigen Eingang der Steuern zu verhindern, und demgemäß eine, wenn auch nur zeitweilige Steuerverkürzung herbeizuführen. Hinzutreten müsse vielmehr eine Steuerunehrlichkeit, insbes. ein Verschweigen der Steuerpflicht mit dem Bewußtsein und dem Erfolg, daß die Steuerbehörde hierdurch über das Bestehen oder die Höhe des Steueranspruchs in Unkenntnis gehalten werde. RGSt. 63, 99 erklärt für die Annahme dieser Voraussetzungen des Bewirkens einer Steuerverkürzung im Falle der nicht rechtzeitigen und unvollständigen Abführung der einbehaltenen Lohnsteuer die Umstände für bedeutsam, unter denen die Steuerentrichtung unterlassen wurde. Bei dem vielfachen Wechsel der Zahlen der Arbeitnehmer und der Höhe ihrer Entlohnung würden die Steuerbehörden oft nicht in der Lage sein, aus den voraufgegangenen Lohnsteuerzahlungen mit Sicherheit die Höhe der weiter fällig werdenden Zahlungen zu entnehmen. Die Abführung nur eines Teiles der einbehaltenen Beträge ohne weitere Aufklärung sei daher ein zur Irreführung der Behörde geeignetes Verhalten. Wenn der Steuerschuldner dieses wisse und wolle, sei vorsätzliches, bei Nichterkennen der Tragweite dieses Verhaltens fahrlässige Steuerverkürzung gegeben. Dasselbe sei bei gänzlicher Unterlassung der Steuerentrichtung der Fall.

Kann man auch grundsätzlich diesen Erwägungen, die mit der herrschenden Lehre über die Begehungsform der Unterlassung im Einklang steht, zustimmen, so muß doch vor einer allzu schnellen und bereiten Feststellung der Schuld in dem oben erörterten Sinne, wozu die das fiskalische Interesse vielleicht allzusehr betonende Ansicht des RG. den Tatrichter leicht verführen kann, gewarnt werden. Es ist zu beachten, daß der großen Zahl der Steuerschuldner, namentlich aus den Kreisen der Handel- und Gewerbetreibenden, die infolge der trostlosen Wirtschaftslage und der fast untragbaren Steuerlasten ihren Verpflichtungen nicht nachkommen können, durchweg wohl das Bewußtsein einer Irreführung der Steuerbehörde fehlen wird, und daß eine derartige, aus dem Schweigen und der Unterlassung gesetzlich bestimmter Erklärungs- und Offenbarungspflichten herzuleitende Unterstellung im Regelfall eine Verkennung der psychologischen Einstellung solcher Schuldner bedeuten würde. Der in schwieriger Lage befindliche Schuldner denkt zunächst an sich und wie er sich über Wasser halten könne. Unterläßt er die gesetzlich vorgeschriebene Erklärung und Offenbarung, so wird ihn hierbei meist nur die Absicht der Hinausschiebung der nicht aufzubringenden Zahlungen leiten, ohne daß ihm der Gedanke einer Täuschung der Steuerbehörde kommt, die im Falle der pflichtgemäßen Aufklärung schleunigst zugreifen müßte und dabei dem Schuldner vielleicht die letzten Existenzmittel nehmen würde. Hat, wie im vorl. Falle, der Steuerschuldner die Lohnsteuerbeträge buchmäßig festgehalten, so darf und muß wohl regelmäßig gefolgert werden, daß ihm der Vorsatz einer Steuerverkürzung in dem oben erörterten Sinne fehlt, da er erfahrungsgemäß mit einer jederzeitigen Nachschau der Behörde rechnen darf und infolgedessen keine Irreführung will. Hätte der Instanzrichter diese naheliegende Feststellung getroffen, so hätte die Rev. der StA. erfolglos bleiben müssen.

RA. Th. Klefisch, Köln.

Zu 22. Die Rspr. des RG. unterscheidet zwischen Beweisantrag und Beweisermittlungsantrag. RGSt. (3. StrSen.) 24, 422 zählt beispielsweise zur zweiten Gruppe einen Antrag dahin, sämtliche Geistliche eines Kreises zu vernehmen, ob nicht einer von ihnen eine bestimmte Äußerung getan habe, und zwar auch dann, wenn man den Antrag dahin auffaßt, die genannten Personen sollen bekunden, daß keiner von ihnen die Äußerung getan habe. Nur auf die Beweisanträge, nicht aber auf derartige Beweisermittlungs-

habe. Demgegenüber ging der Beweisantrag des Verteidigers, dem sich beide Angekl. angeschlossen haben, wörtlich dahin, daß sich weder Ch. noch Bo. an der Schlägerei beteiligt hätten und Bo. nicht der Mann im grünen Hemd gewesen sei; als Zeugen wurden benannt Erwin Bü. und W. Das Gericht lehnte die Erhebung des Beweises mit der Begründung ab, Bü. könne nach der eigenen Erklärung des Antragstellers (gemeint ist offenbar der Verteidiger) nichts aus eigener Kenntnis aussagen, außerdem sei W., der der Mann im grünen Hemd gewesen sein solle, nicht ermittelt, und bezüglich W.s sei die Berufung auf Bü. nur ein Beweisermittelungsantrag. Die Begründung des abweisenden Beschlusses stimmt nun zunächst nicht zu dem Antrag, soweit dieser schriftlich niedergelegt und aus der Sitzungsniederschrift ersichtlich ist. Ob der Verteidiger eine den Beweiswert einer Aussage Bü.s herabsetzende Erklärung abgegeben hat, ist der Sitzungsniederschrift nicht zu entnehmen, und ebensowenig der Revisionserklärung; dagegen ist allerdings, was sich aus dem Wortlaut des Antrags keineswegs ergäbe, auch in der Revisionserklärung gesagt, daß der als Zeuge benannte W. selbst der Mann im grünen Hemd gewesen sei, also einer von denen, die Ba. mißhandelt hätten. Auch wenn der Beweisantrag in der sich hieraus ergebenden Weise mündlich näher erläutert worden sein sollte, so ist doch die Begründung des ablehnenden Beschlusses nicht haltbar. Zunächst konnte, auch wenn W. selbst einer der Täter gewesen sein sollte, nicht darum seine beantragte Vernehmung als Zeuge in dem Verfahren gegen die beiden BeschwF. abgelehnt werden. Die StrK. lehnt denn auch seine Vernehmung nur deshalb ab, „weil W. nicht ermittelt sei". Das muß beanstandet werden. Eine Ablehnung aus diesem Grund wäre nur möglich, wenn das Gericht einen Anhalt gehabt hätte, daß etwa die Person des „W." aus der Luft gegriffen sei oder daß sein Aufenthalt nicht ermittelt werden könne. Die weitere, zur Ablehnung des Zeugen Bü. gegebene Begründung des Beschlusses läßt aber ferner ersehen, daß dieser Zeuge gerade auch über die Persönlichkeit jenes W. Aufschluß geben sollte, wie dies in der RevBegr. im einzelnen gesagt ist. Dann durfte das Gericht den angebotenen Beweis nicht ablehnen, sondern mußte den Versuch machen, die Persönlichkeit und die Anschrift des benannten Zeugen W. zu ermitteln. Denn durch die Nennung des Namens und die Angabe darüber, bei wem oder durch wen Näheres über den Zeugen festgestellt werden könne, war die Persönlichkeit des Zeugen so weit bestimmt, wie es für einen wirksamen und zu beachtenden Beweisantrag erforderlich war (vgl. RG.: JW. 1922, 299 sowie die bei Alsberg, Beweisantrag S. 39, 40 mitgeteilten weiteren Entsch.). Die Ablehnung des Beweisantrags wäre also selbst dann nicht zulässig gewesen, wenn außer Zweifel gestanden hätte, daß Bü. nur über die Persönlichkeit des W. Aufschluß geben sollte und nicht auch, wie nach dem Wortlaut des Antrags selbst angenommen werden mußte, zugleich darüber hinaus über die im Beweisantrag enthaltenen Behauptungen Auskunft geben sollte, sei es aus eigener Anschauung des Vorfalls oder aus sonstigem Wissen.

(1. Sen. v. 12. Juni 1931; 1 D 527/31.) [A.]

anträge sollen sich die im Anschluß an § 244 StPO. (früher § 243 StPO.) entwickelten Regeln über das Verbot einer Ablehnung von Beweisanträgen beziehen. Ähnlich stellt RGSt. (3. StrSen.) 27, 95 (97) dem förmlichen Beweisantrag den Versuch gegenüber, sich über den Wert oder Unwert eines anderen Zeugen nur zu informieren. RGSt. (2. StrSen.) 40, 48 (50) endlich fordert für das Vorliegen eines Beweisantrags, daß die zu beweisende Tatsache und das zu benutzende Beweismittel dem Gericht erkennbar gemacht werden; andernfalls sei bloße Ermittlung beabsichtigt, die den strengen Beweisregeln nicht unterliegt. Diese Unterscheidung schließt sich in der Form, daß ein bloßer Beweisermittlungsantrag vorliege, wenn die Angabe entweder der Beweistatsachen oder der Beweismittel fehlt, Kohlrausch, StPO., 22. Aufl. 1930, vor § 244 N. 10, an (mit Hinweis auf JW. 1927, 25, 793, 911, 2043 und 1930, 70, 760); auch Loewe, Komm. § 244 N. 8a mit Lit. teilt die reichsgerichtliche Auffassung, indem er unter Beweisermittlungsanträgen solche Anträge versteht, die auf Ermittlungen zwecks Beschaffung geeigneten Materials zur Stellung künftiger erheblicher Beweisanträge gehen; ihnen gegenüber soll im Gegensatz zu den wirklichen Beweisanträgen das Ermessen des erkennenden Gerichts entscheidend sein, freilich unter Anerkennung einer gewissen Fragepflicht (Note 12a a. E.). Demgegenüber wird in der Literatur vielfach — nicht ohne Grund — die ganze reichsgerichtliche Unterscheidung von Beweisanträgen und Beweisermittlungsanträgen und die Befreiung der letzteren von der Berücksichtigungspflicht als willkürlich abgelehnt und bekämpft. Es seien in dieser Beziehung außer der gen. Schrift von Alsberg, Festschr. für Heinitz (1926) und dessen Aufsätzen GoltdArch. 57, 273 und 67, 261 mit weiteren Ausführungen etwa genannt: Bennecke-Beling, Lb. (1900) S. 528 Anm. 15; Rosenfeld, Lb. (1912) S. 228 Anm. 15; Gerland, GS. 69, 298 und Lb. (1927) S. 364 bei und in Anm. 608; Beling, Reichsstrafprozeßr. (1928) S. 379 Anm. 3.

Die besondere Unterscheidung des bloßen Beweisermittlungsantrags von dem eigentlichen Beweisantrag des § 244 Abs. 2 StPO. und dementsprechend die Erleichterung seiner formellen Behandlung gegenüber den gesetzlichen Regeln und den in der Rspr. sonst anerkannten Behandlungsgrundsätzen findet im Gesetz keine Stütze. Lediglich so viel ist zuzugeben, daß das Erfordernis einer gewissen Bestimmtheit des Beweisthemas und des Beweismittels im Wesen des Beweisantrags liegt (so auch Beling: JW. 1925, 2783). Daß aber der Beweisantrag negativ statt positiv gefaßt, daß er mit „ob" statt mit „daß" eingeleitet ist, entzieht ihm nicht ohne weiteres seinen Charakter; nötigenfalls hat die erforderliche Klärung durch richterliche Befragung zu erfolgen. Deshalb geht RGSt. 24, 422 in der Ablehnung des Antrags zu weit.

Einer grundsätzlichen Entscheidung der eben berührten Frage bedarf es im übrigen für den vorliegenden Fall nicht. Denn hier verzichtet das RG. selbst billigenswerterweise auf die Beiziehung des Gesichtspunktes eines bloßen Beweisermittlungsantrags. Die Entsch. ist zu begrüßen: sie betont mit Recht, daß durch die Nennung des Namens und die Angabe darüber, bei wem oder durch wen näheres über den Zeugen festgestellt werden könne, die für einen Beweisantrag im eigentlichen Sinne nötige Bestimmtheit gegeben sei. Selbst wenn man also von der verfehlten Anerkennung eines von dem Beweisantrag zu unterscheidenden Beweisermittlungsantrags ausgehen wollte, wäre die Anschauung vorliegend ohne schädigenden Einfluß auf die Richtigkeit der Entsch.

Prof. Dr. Edmund Mezger, Marburg.

23. § 252 StPO. Unzulässig ist die Vernehmung des Verhörsbeamten über die Aussagen, die von in der Hauptverhandlung das Zeugnisverweigerungsrecht ausübenden Personen gemacht worden waren, als sie als Beschuldigte vernommen wurden.†)

Die Rev. rügt, daß der Untersuchungsrichter über den Inhalt der Aussagen, die die Zeugen K. Frau und Sohn in der Voruntersuchung gemacht hatten, als Zeuge vernommen worden ist, nachdem jene, die Frau und der Sohn des Mitangekl. Karl K., erklärt hatten, von ihrem Rechte der Zeugnisverweigerung Gebrauch zu machen.

Das SchwG. hat geglaubt, bei diesem Verf. der Rspr. des RG. zu § 252 StPO. zu folgen. Das war irrig. Wird es auch im allgemeinen für zulässig gehalten, den Verhörbeamten zu vernehmen, so gilt dies doch dann nicht, wenn die von ihm verhörte Person nicht über ihr Recht belehrt worden war, das Zeugnis zu verweigern (RGSt. 8, 122). Nun sind hier die Zeugen K. Frau und Sohn allerdings als Beschuldigte, nicht als Zeugen vernommen worden, und es kam daher nach dem damaligen Stande des Verf. nicht in Frage, daß sie ihre Aussage wegen der Verwandtschaft zu dem Mitangekl. K.

Zu 23. § 252 StPO. verbietet ausdrücklich nur die Verlesung der früheren Zeugenaussage des nunmehr das Zeugnis Verweigernden, nicht dagegen die Vernehmung der Verhörsbeamten über die frühere Aussage, obwohl dies sachlich einer Umgehung des Verlesungsverbots gleichkommen kann und bei der Schaffung der Gesetzesvorschrift (insbes. bei den RTVerh.) auch erwogen worden ist. Im Gegensatze dazu verbietet § 306 MStGO. neben der Verlesung auch die anderweitige Feststellung des Inhalts der Zeugenaussage. Demgemäß hält das RG. für den Bereich der StPO. die Vernehmung richterlicher Beamten über die frühere, unter Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht nach Belehrung hierüber oder wenigstens in Kenntnis dieses Rechts gemachte Aussage, soweit sie sich ohne Einsicht des Vernehmungsprotokolls erinnern, die Vernehmung von Polizeibeamten aber über die frühere Aussage auch dann für statthaft, wenn eine Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht nicht stattgefunden hat, weil sie von der StPO. nicht vorgeschrieben ist (vgl. z. B. Urt. des RG. [FerSen.] v. 8. Aug. 1927: JW. 1927, 2709; im übr. Löwe-Rosenberg, Anm. 3 u. 6; Doerr, Anm. je zu § 252 StPO.). Das ist widerspruchsvoll, und auch die vorliegende Entsch. hat nichts zur Beseitigung dieses Widerspruchs beigetragen, obschon es hier für die Anwendung des § 252 StPO. doch nur zwei Möglichkeiten gibt: Entweder hält man sich an seinen Wortlaut oder man dehnt seine Anwendbarkeit entsprechend dem Inhalt des

verweigern könnten. Nach der damaligen Sachlage würde also die Erwägung nicht zugetroffen haben, auf der die genannte Entsch. des RG. beruht, daß nämlich wegen des Unterbleibens der Belehrung die abgegebenen Aussagen kein gesetzliches Beweismittel seien. Indessen ist, nachdem die beiden vernommen worden waren, Frau K. wegen Mangels an Beweis außer Verfolgung gesetzt, das Verf. gegen den jugendlichen Walter K. aber abgetrennt worden, so daß sich das vorl. Strafverf. auch nicht mehr gegen diesen Beteiligten richtet, und nun muß die in RGSt. 8, 122 angestellte Erwägung zu demselben Ergebnis auch für den Fall führen, daß es sich um die Aussage über eine frühere Beschuldigtenvernehmung handelt. Die Gleichstellung der Fälle ist zunächst hinsichtlich der Frage, ob es nach § 252 StPO. unzulässig sei, die Niederschrift über die frühere Beschuldigtenvernehmung zu verlesen, schon in RGSt. 32, 72; 35, 5; 48, 359 ausgesprochen worden. Dann muß dasselbe auch für die damit eng zusammenhängende Frage einer Vernehmung des Verhörbeamten über den Inhalt jener früheren Aussage gelten. Hierzu führt die in RGSt. 32, 76 dargelegte Erwägung, daß der Zeuge nicht deshalb, weil er — in demselben Verf. — früher als Beschuldigter vernommen worden war, des Rechtes verlustig gehen könne, das ihm zustand, wenn er von vornherein, wie es späterhin geschah, als Zeuge vernommen worden wäre. Zwar geht hier die zuletzt erwähnte Entsch. von dem — auf Frau K. zutreffenden — Falle aus, daß sich die Anschuldigung nachträglich (wenn auch nur wegen Unzulänglichkeit des Beweises) als unhaltbar herausstellt. Aber auch der Fall des jungen K. kann nicht anders angesehen werden. Zwar ist er nach wie vor unter der Anschuldigung geblieben, aber sofern das Verf. gegen seinen Vater gerichtet war und schließlich nur noch gegen diesen (und einen nicht verwandten Mittäter S.) durchgeführt worden ist, kam jetzt der junge K. doch nur als Zeuge in Betracht, und es kann ihm sein Zeugnisverweigerungsrecht nicht dadurch verkürzt sein, daß dasselbe Verf. zunächst auch gegen ihn als Beschuldigten gerichtet gewesen war. Hiernach darf die Sache nicht anders beurteilt werden, als wären beide Personen, Frau K. und ihr Sohn, schon vom Untersuchungsrichter als Zeugen vernommen worden, und daraus folgt, daß der Untersuchungsrichter nicht selbst als Zeuge über die früheren Angaben der beiden Personen hätte vernommen werden dürfen. Nun führt allerdings das angef. Urt. noch aus, die Bekundung des Untersuchungsrichters könne um so unbedenklicher zugrunde gelegt werden, als die Aussagen der beiden Zeugen K. nur für die Schuld des Mitangekl. S. von wesentlicher Bedeutung sind, nicht aber für den Angekl. K., zu dessen Gunsten das Zeugnisverweigerungsrecht besteht. Auch das trifft nicht zu. Denn die beiden Zeugen K. würden zwar (unter Berücksichtigung der §§ 55, 57 Nr. 3 StPO.) dann zu vernehmen gewesen sein und kein Recht der Zeugnisverweigerung gehabt haben, wenn gegen S. allein verhandelt worden wäre, etwa nach einer Abtrennung des Verf. von dem gegen K. Vater gerichteten. Aber das Verf. ging nun einmal einheitlich gegen K. Vater und S., und die Aussagen jener beiden Zeugen betrafen Vorgänge, die ebenso für die Beurteilung der Anklage gegen S. wie für die der Anklage gegen K. von Bedeutung waren. War also die Vernehmung des Untersuchungsrichters unzulässig, so traf der Verfahrensmangel den Angekl. S. mit, wenn auch ihm gegenüber kein Zeugnisverweigerungsrecht jener beiden Zeugen bestand.

(1. Sen. v. 22. Mai 1931; 1 D 415/31.) [D.]

24. § 261 StPO. **Widerspruch tatsächlicher Feststellungen mit offenkundigen Tatsachen macht als in sich widerspruchsvolle Schuldfeststellung das Urteil unhaltbar.†)**

Von der Anklage aus § 5 Nr. 3 RepSchG. hat das SchöffG. freigesprochen, weil es die dort geforderte „Beziehung auf das Amt" nicht für gegeben hält. Hinsichtlich des verstorbenen früheren Reichskanzlers Müller soll eine solche Beziehung der zur Anklage stehenden Äußerung zu seiner Amtstätigkeit als Reichskanzler schon deshalb fehlen, weil die mit dem Bau des Panzerkreuzers A zusammenhängenden politischen Vorkommnisse, auf die in dem einen Vortrag besonders angespielt wird, sich zu einer Zeit zugetragen hätten, als „Müller nicht mehr Reichskanzler war". Bei dieser Annahme setzt sich aber das SchöffG. mit folgenden Tatsachen in Widerspruch: Müller war zum zweiten Male Reichskanzler vom 28. Juni 1928 bis zum 27. März 1930; die erste Rate zum Bau des Panzerkreuzers A war zwar schon vorher bewilligt worden, nämlich im März 1928; aber erst am 10. Aug. 1928 — also als Müller schon Reichskanzler war — erging der Beschluß der damaligen Reichsregierung, daß mit dem Bau begonnen werden solle; gerade dieses Beschlusses wegen wurde Müller in den Kreisen seiner Parteigenossen und von den Kommunisten scharf angegriffen, und das wiederholte sich im Sommer 1929, als seine Regierung im Reichstag die Bewilligung der zweiten Rate durchsetzte. Das SchöffG. wird sich bei der erneuten Verhandlung der Prüfung nicht entschlagen können, ob nicht diese der Geschichte angehörenden Tatsachen allgemeinkundig sind. Gemeinkundige Tatsachen aber haben im Strafverfahren dieselbe Bedeutung wie diejenigen, die vom Gericht zu dem besonderen Falle festgestellt worden sind (RGSt. 16, 327 [331, 332]; 31, 185 [187]; 32, 165 [177]); stehen die besonderen Feststellungen in einem die Schuldfrage betreffenden Punkt im Widerspruch mit den offenkundigen Tatsachen, so bedeutet das eine in sich widerspruchsvolle Schuldfeststellung und damit einen sachlich-rechtlichen Mangel, der das Urt. unhaltbar macht. Bei Beachtung der oben genannten Tatsachen aber wird das SchöffG. zu prüfen haben, ob die Worte „das Regieren ist des Müllers Lust, das Regieren...", an die unmittelbar anschließend der beschimpfende Vorwurf „Schwindel" und „Schieben" erhoben und zum Beweise dessen der „Panzerkreuzer A" genannt wird, sich nicht gerade gegen die Tätigkeit Müllers als „Regierender", mithin als Reichskanzler, wenden und die Art kennzeichnen sollen, in der Müller „regierte". Damit wäre das Tatbestandsmerkmal der Beziehung auf das Amt hinsichtlich der Person Müllers ohne weiteres gegeben (vgl. auch RGSt. 64, 399, 400).

Für das Merkmal der Öffentlichkeit kommt es nicht auf

---

§ 306 MStGO. aus, indem man alles für verboten ansieht, wodurch die Vorschrift umgangen werden kann (vgl. OLG. Dresden: JW. 1929, 1694; Feisenberger, StPO., Anm. 1 zu § 252). Jede dieser beiden Möglichkeiten läßt sich hören und vertreten, solange der Gesetzgeber keinen Anlaß nimmt, den § 252 StPO. authentisch zu interpretieren. Aber die Unterscheidung, die das RG. macht, ist willkürlich und nicht begründet, im Ergebnis auch nicht befriedigend.

Prof. Dr. Doerr, München.

Zu 24. Bei dieser Entsch. fällt die außerordentlich weite Ausdehnung des Begriffes der „allgemeinkundigen" Tatsachen auf. Als allgemeinkundig oder notorisch gelten Tatsachen, welche so allgemein bekannt sind, daß kein vernünftiger Grund vorliegt, sie in Zweifel zu ziehen (RGSt. 16, 331; GerS. 43, 299). Man kann unmöglich annehmen, daß auch nur ein Teil der Gebildeten in Deutschland die vom RG. in obiger Entsch. als notorisch verwendeten Einzeltatsachen der datenweise genauen Zeiten, in denen Müller das Amt des Reichskanzlers inne hatte, in denen die Raten zum Bau des Panzerkreuzers A bewilligt wurden, in denen der Beginn des Kreuzerbaues beschlossen wurde, als „der Geschichte angehörende Tatsachen" kennt. Im Gegenteil erscheint es wahrscheinlicher, daß die urteilfällenden Richter des RG., selbst nur durch Nachforschung in den maßgebenden Druckschriften die angeblich „notorischen" Tatsachen erst festgestellt haben.

Wie wenig allgemeinkundig die vom RG. hervorgehobenen Tatsachen sind, ergibt sich schon daraus, daß sie dem SchöffG. zweifellos nicht bekannt waren.

Nachdem über die Frage, ob die Notorität einer Tatsache oder doch die notorische Tatsache selbst zwar nicht Gegenstand der Beweisaufnahme, aber doch Gegenstand der Verhandlung sein muß, bis heute noch immer keine Einheitlichkeit in der Rspr. besteht (vgl. Löwe-Rosenberg 1b zu § 261 und Stein: JW. 1922, 298[1]), halte ich es für äußerst bedenklich, sogar solche Tatsachen in den Kreis der allgemeinkundigen einzubeziehen, die in bezug auf Zeitpunkte, Zeiträume und Sachinhalt viel zu sehr mit gedächtnisfremden Einzelheiten belastet sind, als daß ihnen die stets parate Kenntnis der Allgemeinheit, die begrifflich vorausgesetzte „Offenkundigkeit" eignen könnte.

Nicht ohne Bedeutung ist es, daß im vorl. Falle nur materielle Rüge mit der Sprungrevision der StA. erhoben war, somit — streng genommen — ein Angriff gegen die erstinstanzielle Feststellung der Tatsachen offenbar gar nicht vorlag.

RA. Dr. G. v. Scanzoni, München.

die allgemeine Eigenschaft eines Gastlokals, daß es von unbestimmt welchen und wievielen Gästen besucht werden kann, sondern darauf an, ob die Äußerung nach den besonderen Umständen des Falles in der Tat von einem nicht näher bestimmbaren Personenkreis wahrgenommen werden kann und — nach der inneren Tatseite — ob der Täter diese Möglichkeit in sein Bewußtsein und in seinen Willen aufgenommen hat (vgl. RGSt. 64, 366 [369]). Eine „Aufführung" (Theatervorstellung, Vortrag u. dgl.) ist jedenfalls dann keine Versammlung, wenn die Zusammenkunft lediglich persönliche Interessen der Teilnehmer befriedigen soll; sie kann allerdings dann eine Versammlung darstellen, wenn die Darbietungen in Wirklichkeit nur den Deckmantel und das agitatorische Mittel zur bewußt gemeinsamen Erörterung und Förderung parteipolitischer Bestrebungen und Lehren bilden (RGSt. 63, 136).

(1. Sen. v. 24. Nov. 1931; 1 D 1082/31.) [D.]

25. § 274 StPO. Ergibt sich mit Hilfe der Auslegung ein klarer und eindeutiger, vom Wortlaut abweichender Sinn des Protokolls, so ist dieser und nicht der Wortlaut zugrunde zu legen.†)

Die Behauptung der BeschwF., die Zeugin W. sei im zweiten Rechtszuge auf ihre Aussage nicht beeidigt worden, sondern habe nur, wie das Protokoll ergebe, die Richtigkeit ihrer Aussage versichert, greift nicht durch. Das Protokoll ist durch den damaligen Vorsitzenden und den Protokollführer vom 5. März 1931 dahin berichtigt, daß die Zeugin jene Versicherung unter Berufung auf den in erster Instanz geleisteten Eid vorgenommen hat. Diese Berichtigung war aber bei Prüfung der Frage, ob die sich auf den Mangel stützenden Rev. begründet seien, nicht zu beachten. Denn der Mangel war schon vorher, nämlich in den am 27. Febr. 1931 eingegangenen RevBegründungsschriften gerügt worden. Das RevG. kann daher die Berichtigung nicht berücksichtigen, weil sie zuungunsten der BeschwF. vorgenommen ist, indem sie ihnen nachträglich einen Revisionsgrund entzieht (RGSt. 61, 18; 43, 1). Bei dieser Sachlage wäre ein Mangel des Verf. gegeben, wenn man lediglich den Wortlaut des Protokolles zugrunde legen würde. Indessen sind auch Protokolle der Auslegung fähig. Ergibt sich mit Hilfe der Auslegung ein klarer und eindeutiger, vom Wortlaut abweichender Sinn des Protokolls, so ist dieser zugrunde zu legen, und nicht der Wortlaut. Im Protokoll heißt es bezgl. der Zeugin W. (nach Wiedergabe ihrer Personalien): „die Zeugin ließ sich zur Sache aus. Die Zeugin versicherte die Richtigkeit ihrer Aussage." Es ist schon an sich ungewöhnlich, daß der Richter einem Zeugen die Richtigkeit seiner Aussage lediglich (ohne Eid) versichern läßt, während die Versicherung der Richtigkeit auf einen schon früher geleisteten Eid alltäglich vorkommt. Erst recht nicht wird der Richter und der Protokollführer jene einfache Versicherung ins Protokoll aufnehmen. Ganz unverständlich wäre ein solches Verf. aber hier, wo die Aussage der Zeugin zur Sache im Protokoll nicht wiedergegeben ist. Nimmt man dazu die Tatsache, daß die Versicherung der Richtigkeit der Aussage auf einem schon früher geleisteten Eid vom Gesetze selbst vorgesehen ist (vgl. § 67 StPO.), so läßt sich das Protokoll auch nur in diesem Sinne auslegen.

(1. Sen. v. 19. Mai 1931; 1 D 394/31.) [D.]

26. § 325 StPO. Die Unterlassung sofortigen Widerspruchs gegen die unzulässige Verlesung der Niederschrift über die frühere Aussage eines ordnungsmäßig geladenen, aber ausgebliebenen Zeugen kann nicht ohne weiteres als Zustimmung gewertet werden.†)

Ausweislich der Niederschrift über die Hauptverhandlung vor dem BG. ist auf Antrag der StA. ohne Widerspruch der Verteidiger und der Angekl. auf Grund verkündeten Ge-

---

Zu 25. Zutreffend und in Übereinstimmung mit seiner ständigen Rspr. führt das RG. aus, daß die nach erhobener Revisionsrüge hinsichtlich des gerügten Prozeßverstoßes erfolgte Protokollberichtigung für das RevUrt. unberücksichtigt bleiben müsse (PlenEntsch. RGSt. 43, 1; a. A. RMilG. 9, 35; 15, 282). Zwar kann ein bereits abgeschlossenes Sitzungsprotokoll auf Antrag oder auch von Amts wegen durch gemeinsame Erklärung der Urkundspersonen, nämlich des Vorsitzenden und des Gerichtsschreibers, nachträglich ergänzt und berichtigt werden (RGSt. 19, 367; 21, 200); für die Wirksamkeit der vor erfolgter Abänderung bereits erhobenen Prozeßrüge ist aber die nachträgliche Beseitigung des gerügten Mangels ohne Einfluß. Unstreitig ist, daß gem. §§ 273, 274 StPO. die Beobachtung aller wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens durch das Sitzungsprotokoll ersichtlich gemacht werden muß und daß der Beweis hierfür, abgesehen vom Falle wissentlicher Protokollfälschung, unter Ausschluß aller anderen Beweismittel nur durch das Sitzungsprotokoll erbracht werden kann. Das Protokoll ist, wie RGSt. 53, 177 ausführt, ausschließliche Beweisquelle für die Beobachtung der wesentlichen Förmlichkeiten. Was beurkundet ist, steht unter Ausschluß des Gegenbeweises fest; was nicht beurkundet ist, gilt als nicht geschehen. Seine Angaben können durch andere Beweise weder widerlegt noch ergänzt werden (RGSt. 34, 386). Unter Zugrundelegung dieses in ständiger Rspr. vertretenen Rechtsstandpunktes erscheint das obige Urt. abwegig und unhaltbar. Zwar ist zuzugeben, daß auch der Wortlaut des Protokolls dort, wo sein Sinn zweifelhaft ist, der Auslegung unterliegt, und es erscheint in solchem Falle sogar zulässig, die Urkundspersonen über den Sinn eines zweideutigen Protokollvermerks zu befragen und das Protokoll demgemäß auszulegen. Davon kann aber im vorl. Falle nicht die Rede sein. Hier enthält das Protokoll über die Eidesleistung der Zeugin überhaupt nichts und erwähnt nur, daß die Zeugin die Richtigkeit ihrer Aussage versichert habe. Daß eine bloße Versicherung der Richtigkeit weder der Beeidigung noch der Berufung auf einen geleisteten Eid gem. § 67 StPO. gleichzuerachten ist, bedarf keiner Ausführung, und ebenso klar ist es, daß ein Zeuge sehr wohl die Wahrheit seiner Aussage ausdrücklich beteuern kann, ohne sie zu beeidigen. Daher kann auch dahingestellt bleiben, ob es wirklich, wie das Urt. meint, ungewöhnlich ist, daß ein Richter einen unbeeidigt vernommenen Zeugen die Richtigkeit seiner Aussage besonders versichern läßt, oder ob dies nicht vielmehr die allgemeine Regel jedenfalls in den Fällen bildet, wo die Aussage des uneidlich vernommenen Zeugen für die Entsch. des Gerichts von Bedeutung ist. Es kann gleichfalls dahingestellt bleiben, ob im allgemeinen eine solche einfache Versicherung nicht in das Protokoll aufgenommen zu werden pflegt; denn tatsächlich ist dies im vorl. Falle geschehen, und der Umstand, daß die Beeidigung der Aussage vom Gesetz vorgeschrieben war, vermag an der Tatsache, daß das Protokoll nichts über die Beeidigung enthält und diese daher als nicht geschehen gilt, nichts zu ändern. Durch das Protokoll wird, wie in der PlenEntsch. a. a. O. ausgeführt wird, ein Sachverhalt geschaffen, der kraft gesetzlicher Vorschr. als Tatsache zu behandeln ist, ohne Rücksicht darauf, wie der wirkliche Sachverhalt liegen mag und ohne Rücksicht darauf ferner, ob durch Beweismittel und Erwägungen, die außerhalb des beurkundeten Sachverhalts liegen, dieser Sachverhalt widerlegt oder ergänzt wird. Im vorl. Falle kann man sich bei Nachprüfung des Urt. des Eindrucks nicht erwehren, daß der rechtsunwirksame und deshalb unbeachtliche Berichtigungsbeschluß doch von entscheidender Bedeutung für das Urt. gewesen ist und daß, wenn dieser Beschl. überhaupt nicht vorgelegen oder gar die Richtigkeit der Revisionsrüge bestätigt hätte, die Entsch. des RG. anders ausgefallen wäre. Die Tatsache der Nichterwähnung der Beeidigung der Zeugin im Sitzungsprotokoll und der daraus kraft unwiderleglicher gesetzlicher Vermutung sich ergebende Beweis, daß diese Zeugenbeeidigung unterblieben ist, kann durch keinerlei logische oder tatsächliche Erwägungen beseitigt werden.

JR. Dr. S. Loewenstein, Berlin.

Zu 26. Wo das Ges. für eine richterl. Maßnahme das Einverständnis der Prozeßbeteiligten vorschreibt, vermag die bloße Nichterhebung eines Widerspruchs gegen die in Aussicht genommene Maßnahme die vom Ges. geforderte Zustimmung nicht zu ersetzen. Dies gilt nach ständ. Rspr. des RG. nicht nur für den Fall des § 325 StPO., sondern auch, wenn gem. § 245 Abs. 2 StPO. von der Erhebung einzelner Beweise in der Hauptverhandlung hinsichtlich der herbeigeschafften Beweismittel Abstand genommen werden soll. Auch hier hat das RG. in ständ. Rspr. für die Abstandnahme von der Beweiserhebung die unzweideutige Zustimmung der Prozeßbeteiligten gefordert und insbes. ihre bloße Anhörung für ungeeignet erklärt, die gesetzlich geforderte Zustimmung zu ersetzen (vgl. RGSt. 4, 398; 16, 376; JW. 1922, 1585[4]). Der Standpunkt des RG. ist zutreffend. Daß die Anhörung der Prozeßbeteiligten ihre Zustimmung nicht zu ersetzen vermag, ergibt sich schon aus § 33 StPO., wonach vor Erlaß aller gerichtl. Entsch. innerhalb der Hauptverhandlung es der Anhörung der Prozeßbeteiligten bedarf. Wäre sie ausreichend, hätte es der Sonderbest. in den §§ 245 und 325 StPO. nicht bedurft. Dagegen erscheint es zweifelhaft und ist nicht unbestritten, ob die vom Ges. geforderte Zustimmung auch stillschweigend erteilt werden kann. Dies wird in obigem Urt., und auch RGSt. 4, 398 bejaht, dagegen von Köhler, Anm. zu JW. 1922 a. a. O., und ferner von Loewe-Rosenberg zu §§ 245 StPO. Note 5c und 325 Note 3b verneint. Da im Ges. ausdrückliche Zustimmung nicht gefordert ist, wird mit dem RG. auch stillschweigendes Einverständnis für ausreichend erachtet werden müssen, vorausgesetzt allerdings, daß es zweifelsfrei erteilt

richtsbeschlusses die Niederschrift über die eidliche Vernehmung des Zeugen S. vor dem SchöffG. verlesen worden. Die Rüge einer Verletzung des § 325 StPO. ist begründet. Da der Schriftsteller S. als Zeuge ordnungsmäßig geladen worden war, und ein Fall der §§ 251, 253 StPO. nicht vorlag, durfte die Niederschrift über seine Aussage in der Hauptverhandlung erster Instanz ohne Zustimmung der StA. und der Angekl. nicht verlesen werden. Die BeschwF. haben eine Zustimmung zur Verlesung weder ausdrücklich noch stillschweigend erteilt. Der Umstand, daß sie gegen die Verlesung nicht sofort Widerspruch erhoben haben, kann nicht ohne weiteres als Zustimmung gewertet werden. Besondere Umstände, aus denen etwa entnommen werden könnte, daß die BeschwF. ihre Zustimmung stillschweigend erteilt hätten, sind nicht ersichtlich (RG.: JW. 1927, 2049).

(2. Sen. v. 16. Nov. 1931; 2 D 1103/31.) [D.]

27. § 337 StPO. §§ 246, 348 Abs. 1 und 2 StGB.

1. Tatsächliche Annahmen, die der Lebenserfahrung widersprechen, sind für das RevG. nicht bindend.

2. Ein Beamter, der zwar den gesamten vorhandenen Restbestand bei der Kassenabrechnung abliefert, durch Verfälschung der Bücher aber bewirkt, daß kein höherer Restbestand aus den Büchern ersichtlich ist, begeht keine Unterschlagung an dem vorhandenen Restbestand, wohl aber möglicherweise Falschbeurkundung im Amte. †)

Das angefochtene Urt. nimmt eine Amtsunterschlagung des Angekl. an, doch auf Grund sich widersprechender Feststellungen. Einmal läßt es dahingestellt, ob der Fehlbetrag in der Kasse des Angekl. durch dessen rechtswidrige Entnahme oder durch versehentliches Herausgeben einer zu großen Geldsumme entstanden ist. Mit dieser zweiten Möglichkeit ist die Annahme unvereinbar, daß der Angekl. von dem in seinem Besitz befindlichen Gelde mit Hilfe von Falschbuchungen einen bestimmten Betrag (315 ℳ) für sich verwendet hat, ebenso daß er in seinem Gewahrsam befindliches Geld (nämlich die 315 ℳ) sich rechtswidrig zugeeignet hat. In Wirklichkeit hat der Angekl., wie aus der Sachdarstellung der Vorinstanzen erhellt, die 315 ℳ der Reichsbahnkasse gerade abgeliefert, und zwar offensichtlich mit den gesamten noch in seinem Besitz befindlichen Geldern. Das LG. scheint von der Annahme auszugehen, daß im Besitze des Angekl. im Augenblick der Falschbuchungen sich noch die gesamten Einnahmen für das letzte Jahresdrittel (September bis Dezember) befunden haben. Diese Annahme ist mit den Grundsätzen der allgemeinen Lebenserfahrung unvereinbar, nach welcher die Beamten ihre Einnahmen an ihre Behörde in ganz kurzen Zwischenräumen abzuführen haben. Die Abrechnung sollte nach den Feststellungen des Vorderrichters nachträglich für das ganze Jahresdrittel geschehen, wobei dann naturgemäß der aus den letzten Tagen noch vorhandene Restbetrag sich in Übereinstimmung mit der Abrechnung befinden mußte, so daß durch seine Einzahlung die Einnahmen des ganzen Jahresdrittels der Behörde zugeführt sind. Nun hat der Angekl., wie die vom LG. in Bezug genommene Feststellung des SchöffG. ergibt, bei seiner Schlußabrechnung entdeckt, daß der in seinem Besitz befindliche Restbetrag gegenüber dem Sollbestand zu gering war. Er hat deshalb durch Fälschungen in den Büchern „die Rechnung und Ablieferung für den Rechnungsabschnitt September bis Dezember 1929 in Einklang" gebracht, danach also den ganzen noch vorhandenen Restbetrag an die Bahnkasse abgeführt, mithin nicht unterschlagen, wie der Vorderrichter annimmt. Das von diesem in Bezug genommene Urt. des FerSen. v. 8. Sept. 1928, 1 D 842/28, geht davon aus, daß der dortige Angekl. möglicherweise Gelder der Reichsbahn unter gleichzeitiger Buchfälschung zum Zwecke der Verdeckung zur Begleichung seiner Schuld an die Bahn verwendet hat; es gibt dem Vorderrichter auf, den Sachverhalt in dieser Richtung noch weiter zu prüfen. Im vorliegenden Falle dagegen hat der Angekl. sämtliche in seinem Besitz befindlichen Gelder an die Bahnkasse abgeführt, also kein Geld unterschlagen. Die Verfälschung in den Büchern hat er lediglich vorgenommen, um das Fehlen anderer Summen zu verdecken. Dadurch konnte er aber diese fehlenden

---

wird. In der bloßen Nichterhebung eines Widerspruchs aber wird ein stillschweigendes Einverständnis nur dann erblickt werden können, wenn die Prozeßbeteiligten vom Gericht darauf hingewiesen sind, daß ihr Einverständnis angenommen werden würde, falls ein Widerspruch gegen die Maßnahmen nicht erfolgt. Endlich sei noch darauf hingewiesen, daß es sich bei Verstößen gegen §§ 325 u. 245 StPO. nicht um einen absoluten Revisionsgrund i. S. des § 338 StPO. handelt und daß daher bei ihrem Vorliegen gem. § 337 StPO. stets noch besonders zu prüfen ist, ob das angefochtene Urt. auf dem Prozeßverstoß beruht.

JR. Dr. S. Löwenstein, Berlin.

Zu 27. I. An dem Urteil ist in prozessualer Beziehung speziell im Hinblick auf das Rechsmittel der Revision bemerkenswert, daß es eine bestimmte tatsächliche Annahme des angefochtenen Urteils als mit den Grundsätzen der allgemeinen Lebenserfahrung unvereinbar ausscheidet, und zwar anscheinend sogar, ohne daß eine entsprechende Revisionsrüge erhoben war. Der 1. StrSen. schreitet damit auf dem schon in RGSt. 57, 257 und 64, 251 beschrittenen Wege fort. In RGSt. 57, 257 hatte das RG. auf Grund seiner eigenen Kenntnis allgemein bekannter wirtschaftlicher Zustände die fehlende Feststellung eines Tatbestandsmerkmals ergänzt (gegen das Urteil s. Löwe-Rosenberg, Anm. 8 zu § 337 StPO.). In RGSt. 64, 251 hatte die Vorinstanz angenommen, eine in einem Flusse versenkte Reichsfahne könne, wenn sie gefunden werde, weiter gebraucht werden. Das RG. meint dazu, diese Behauptung sei, solange die Fahne nicht gefunden war, nur eine Vermutung, als tatsächliche Feststellung wäre sie jedenfalls, weil der Lebenserfahrung widersprechend, nicht bindend. In diesem Urteil, noch deutlicher aber im vorliegenden, beanstandet das RG. eine echte tatsächliche Feststellung wegen Nichtberücksichtigung des Erfahrenswissens. Darüber kann auch nicht hinwegtäuschen, daß das RG. die fragliche Auslassung der Urteilsgründe, der Angekl. habe sich zur Zeit der Falschbuchungen noch im Besitz der Einnahmen für das letzte Jahresdrittel befunden, als eine „Annahme" bezeichnet. Der Begriff der Annahme weist auf eine gewisse Unsicherheit der tatsächlichen Grundlagen hin, er steht jedoch in keinem Gegensatz zu dem der Feststellung; vielmehr kann das Gericht auf Grund einer Annahme eine tatsächliche Feststellung treffen. Die Erfahrung des täglichen Lebens, auf die das RG. abstellt, bildet keine unbedingt zuverlässige Richtschnur für die Erforschung tatsächlicher Vorgänge, da sich im Einzelfall die Dinge oft im Widerspruch zu jeder Wahrscheinlichkeit entwickeln. Handelt es sich aber um die Feststellung auf Grund einer bloßen Vermutung, um eine nicht auf genaue Kenntnis der Einzelheiten gegründete Annahme, so gibt für die Richtigkeit dieser Feststellung allerdings die Lebenserfahrung den Maßstab ab. Ihre Verwertung durch das RevG. zur Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen bedeutet der Sache nach eine Nachprüfung der Beweisgrundlagen, d. h. der Beweiswürdigung. Das werden viele als einen Tadel empfinden; in meinen Augen wird das RG. gerade durch diese Ausdehnung seines Kompetenzbereiches seiner eigentlichen Aufgabe gerecht (s. mein Gutachten zum 35. Dtsch. Juristentag, 1928, S. 478 ff.).

II. Materiellrechtlich bringt die Entsch. nichts Neues. Frühere Urteile der Amtsunterschlagung hatten den Zueignungsbegriff sehr weit ausgedehnt. So kann die Verwendung amtlichen Geldes zur Deckung eines entstandenen Kassenfehlbetrages Unterschlagung sein, wenn der Beamte das amtliche Geld in eine andere — wenn auch ebenfalls amtliche — Kasse legt oder wenn er den Kassenbestand zum Zwecke der Vertuschung falsch verbucht (RGSt. 64, 414; LZ. 1926, 704; DRZ. 1927 Nr. 320). Es ist hiernach nicht erforderlich, daß die Sache dem amtlichen Gewahrsam entzogen wird. Das vorl. Urteil zeigt, wo die Grenze dieser den Zueignungsbegriff zunehmend vergeistigenden Entwicklung liegt. Stets muß eine so beschaffene Beziehung der Handlung zu der dem Beamten amtlich anvertrauten Sache gegeben sein, daß der Schluß gerechtfertigt erscheint, der Beamte habe sich diese konkrete Sache zugeeignet; diese Beziehung fehlt, wenn der Beamte den vorhandenen Kassenbetrag ordnungsgemäß verwahrt und abgeliefert, den darüber hinaus buchmäßig ausgewiesenen, tatsächlich fehlenden Mehrbetrag aber durch Veränderung der Bücher oder Belege unersichtlich gemacht hat. Darin ist dem vorl. Urteil sicherlich beizustimmen. Man soll aber nicht übersehen, daß das gekennzeichnete Verhalten keineswegs milder zu beurteilen ist als die Handlungen, die andere Entsch. für die Erfüllung des Zueignungsbegriffs ausreichen ließen. Auch die vom RG. erwogene Strafbarkeit nach §§ 348 Abs. 2, 349 StGB. kann sehr wohl fehlen, wenn die verfälschten Bücher nur zur Kontrollierung des inneren Dienstverkehrs bestimmt waren. Wohl aber kann dann noch eine Bestrafung wegen Betruges (§ 263 StGB.) in Betracht kommen.

RA. Prof. Dr. Max Alsberg, Berlin.

Gelder nicht unterschlagen, sondern lediglich sich gegen eine Entdeckung des Fehlbetrages und damit gegen eine dadurch drohende Geltendmachung des Ersatzanspruches gegen ihn schützen. Eine bloße Forderung kann man aber nicht unterschlagen.

Bei dieser Sachlage wird der Vorderrichter untersuchen müssen, ob sich der Angekl. nicht gegen §§ 348 Abs. 2, 349 StGB. vergangen hat. Dabei ist die Schranke des § 358 Abs. 2 StPO. zu beachten.

(1. Sen. v. 19. Juni 1931; 1 D 514/31.) [A.]

Bayerisches Oberstes Landesgericht.

Strafsachen.

Berichtet von JR. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

1. § 3 VO. d. RPräs. v. 25. Juli 1930 **Fahrlässige Verletzung der Bestimmungen gegen Waffenmißbrauch ist nicht strafbar.** †)

Bedenklich mag die Annahme sein, der Angekl. sei sich des Mitführens der Waffe nicht bewußt gewesen, weil er sie seit zehn Jahren gewöhnlich bei sich trage und sie auch nur einen geringen Umfang habe. Denn eine geladene Pistole ist immerhin ein Gegenstand, dessen Vorhandensein in der Kleidung dem Bewußtsein nicht leicht entschwinden wird. Dazu kommt noch, daß der Angekl. sich damit zu verteidigen suchte, er habe geglaubt, als Inhaber eines Waffenscheines die Pistole ohne weiteres in Versammlungen tragen zu dürfen, was doch dafür spricht, daß er sich über das Mitführen der Waffe Gedanken machte. Allein es handelt sich um eine tatsächliche Feststellung des Vorderrichters, die das RevG. bindet.

Der rechtlichen Auffassung der StrK. ist aber beizutreten. Sie hat nicht verkannt, daß die Vorschr. der VO. v. 25. Juli 1930 polizeilicher Natur sind und daß deshalb die Vermutung dafür spricht, es solle auch die fahrlässige Zuwiderhandlung unter Strafe gestellt sein. Bedenklich ist es, wenn sie diese Vermutung dadurch für entkräftet hält, daß die hohe Mindeststrafe von drei Monaten festgesetzt ist, während doch sonst fahrlässige Verfehlungen mit geringeren Strafen bedroht zu werden pflegen; denn der Zweck der VO., die öffentliche Ordnung und den öffentlichen Frieden unter allen Umständen aufrechtzuerhalten, könnte den Gesetzgeber ausnahmsweise veranlaßt haben, die fahrlässige Zuwiderhandlung mit der gleichen hohen Mindeststrafe zu bedrohen wie die vorsätzliche. Allein ihre weitere Begründung schlägt durch. Wie auch die Rev. ausführt, lehnt sich der § 3 VO. v. 25. Juli 1930 an die §§ 11 u. 19 Ziff. 2 VerG. v. 19. April 1908 an, wonach bestraft wird, wer unbefugt in einer Versammlung oder in einem Aufzuge bewaffnet erscheint. Hierzu ist nun die Entsch. des RG. v. 10. Nov. 1910 (RGSt. 44. 140) ergangen, die für den inneren Tatbestand verlangt, daß sich der Täter des Mitführens der Waffe bewußt ist. Dieser Rspr. sah sich der Verf. der VO. v. 25. Juli 1930 gegenüber; hätte er dem § 3 die Tragweite geben wollen, daß auch der strafbar sein solle, der aus Fahrlässigkeit dieses Bewußtsein nicht habe, so hätte er dies im Wortlaute derselben zum Ausdruck bringen müssen und zweifellos auch gebracht. Dazu kommt noch, daß sowohl die bay. AusfVO. v. 4. Aug. 1930 (StA. Nr. 180) als die preuß. v. 2. Okt. 1930 PrJMBl. 1930, 314), die sicherlich nicht ohne Einvernahme mit der zuständigen Reichsstelle erlassen sind, unter Hinweis auf die erwähnte RGEntsch. den § 3 VO. v. 25. Juli 1930 dahin erläutern, bewaffnet sei, wer einen Gegenstand bei sich trage, der entweder bei seiner Anfertigung im vornherein oder nach dem Willen des Trägers im Einzelfalle dazu bestimmt sei, Verletzungen zuzufügen, und sich dessen bewußt sei.

Wenn bei dieser Sachlage noch ein Zweifel obwalten könnte, so würde er durch folgendes behoben.

Die VO. d. RPräs. v. 25. Juli 1930 ist in der Zwischenzeit durch das RGes. v. 28. März 1931 (RGBl. 77) ersetzt worden, das mit der VO. in § 3 wörtlich übereinstimmt. Diesem RGes. liegt ein Entw. d. RInnM. zugrunde (RT. V. 1930 Druckf. Nr. 810, ausgegeben am 24. Febr. 1931), der wörtlich Gesetz wurde. Diesem Entw. ist eine Begr. beigegeben, in der es zu § 3 wieder heißt: „Waffe im Sinne dieser Vorschrift ist jeder Gegenstand, der entweder bei seiner Anfertigung von vornherein oder nach dem Willen des Trägers im Einzelfalle dazu bestimmt ist, Verletzungen zuzufügen, und bewaffnet ist jeder, der einen Gegenstand der vorbezeichneten Art oder Bestimmung bei sich trägt und sich dessen bewußt ist." Freilich ist für die Auslegung einer gesetzlichen Bestimmung nicht maßgebend, was der Verf. wollte, sondern was die Bestimmung zum Ausdruck bringt; allein der § 3 VO. läßt ohne weiteres die Auslegung zu, die ihm die StrK. gab und die vom Verf. nach obigen Ausführungen gewollt war.

(BayObLG., StrSen., Urt. v. 3. Nov. 1931, RevReg. I Nr. 741/31.)

*

2. §§ 249, 250, 251, 252 StGB. **finden auf die Fälle des § 370 Abs. 1 Nr. 5 Anwendung.** †)

§ 370 Abs. 1 Nr. 5 StGB. ist ein bes. milder Fall des Diebstahls und der Unterschlagung. Er schließt unter den darin bezeichneten Voraussetzungen die Anwendung der Vorschr. über einfachen Diebstahl und einfache Unterschlagung (§§ 242, 246 StGB.) sowie über privilegierte Fälle des Diebstahls und der Unterschlagung (§§ 247, 248a StGB.), aber auch über schwerere Fälle des Diebstahls (§§ 243—245 StGB.) aus. Dagegen steht er der Anwendung anderer Vorschr. nicht entgegen, die, wenn sie auch die Merkmale des Diebstahls und der Unterschlagung umfassen, doch selbständige Straftaten anderer Art dar-

---

Zu 1. § 3 VO. d. RPräs. v. 25. Juli 1930 und der ihm entsprechende § 3 WaffMißbrG. v. 28. März 1931 enthalten keine ausdrückliche Bestimmung darüber, ob auch *fahrlässige* Zuwiderhandlungen gegen diese Vorschriften strafbar sind. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß die fahrlässige Verletzung eines Strafgesetzes, dessen Verletzung sich nach seinem Strafrahmen als ein Vergehen darstellt, nur dann strafbar ist, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist, besteht nicht. Vielmehr ist bei dem Fehlen einer ausdrücklichen Vorschrift zu prüfen, ob sich die strafrechtliche Bedrohung der bloßen Fahrlässigkeit aus dem Zusammenhange der gesetzlichen Bestimmung oder aus dem Grund und Zweck der einzelnen Vorschrift mit Sicherheit ergibt (RGSt. 45, 394). Wenn die vorstehende Entsch. bei der Prüfung von Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 3 a. a. O. nach dieser Richtung zu dem Ergebnis kommt, daß *die fahrlässige Zuwiderhandlung nicht unter Strafe gestellt ist*, so ist dem *zuzustimmen*. Während Zuwiderhandlungen gegen § 1 WaffMißbrG. auch bei Fahrlässigkeit des Täters zu bestrafen sind, ist für den inneren Tatbestand des § 3 *Vorsatz* zu fordern, d. h. der Täter muß in Kenntnis aller zum äußeren Tatbestand gehörenden Merkmale erschienen sein (vgl. *Hoche-Schönner*, Komm. z. WaffMißbrG. S. 31, 47).

Wenn somit den Rechtsausführungen der vorl. Entsch. auch beizutreten ist, so wird der Freispruch des Angekl. in dem konkreten Falle doch nicht als befriedigend empfunden werden. Auch das RevG. hat dieser Empfindung Ausdruck gegeben, indem es die Annahme des Vorderrichters, der Angekl. sei sich des Mitführens der Pistole nicht bewußt gewesen, als bedenklich bezeichnet. Mit Recht weist es auch auf den Widerspruch hin, daß der Angekl. eine hiermit unvereinbare weitere Verteidigung nach der Richtung versucht habe, daß er als Inhaber eines Waffenscheins die Pistole ohne weiteres in Versammlungen hätte tragen dürfen. Letztere Verteidigung hätte übrigens nicht zu einer Freisprechung führen können, da es sich dabei um einen unbeachtlichen Irrtum über ein Strafgesetz gehandelt hätte. Das RevG. war aber an die tatsächlichen Feststellungen des Vorderrichters gebunden, so daß hier bedauerlicherweise aus formalen Gründen ein strafwürdiges Vergehen nicht zur Bestrafung geführt hat.

MinR. Dr. *Hoche*, Berlin.

Zu 2. Der Entsch., die der fast ständigen Rspr. d. RG. folgt, ist beizustimmen. In der Literatur ist diese Ansicht von v. *Liszt* (Lehrb., 22. Aufl., § 128 Anm. 20), *Frank* (Komm., 17. Aufl., § 370 Ziff. 5 N. 2) u. a. lebhaft bekämpft. Der LpzKomm., 4. Aufl., teilt in § 370 Anm. 15 die Meinung d. Urt., während er, worauf auch die Entsch. hinweist, in Anm. 2a zu § 252 die entgegenges. Ansicht vertritt.

Die jur. Begr. d. Urt. gibt teilweise zu Bedenken Anlaß: Das Urt. nimmt an, daß § 370 Ziff. 5 der Anwendung anderer Vorschr. nicht entgegenstehe, welche, wenn sie auch die Tatbestandsmerkmale des Diebstahls und der Unterschlagung enthalten, doch selbständige Straftaten anderer Art darstellen, *weil* sie noch andere Begriffsmerkmale außer dem Diebstahl und der Unterschlagung, die eben allein in § 370 Ziff. 5 aufgenommen sind, enthalten. Dann liegt nach d. Urt. Ideal- und nicht mehr Gesetzeskonkurrenz vor. Hierbei wird zu Unrecht nur der Fall der Spezialität bei der GesKonkurrenz beachtet, nicht der der Subsidiarität, d. h. der Fall, in dem nach *stillschweigender* Anordnung des Ges. Strafdrohungen nur aushilfsweise anderen gegenüber Geltung haben sollen, und der der Konsumtion. Ohne Beachtung dieser Grundsätze ist nicht verständlich, wie § 370 Ziff. 5 dem qualifizierten Diebstahl des § 243 StGB. gegenüber vorgehen kann, und eine Inkonsequenz der diese Meinung vertretenden Rspr. mit der Entsch. im vorl. Fall anzunehmen.

Denn unter den qualifizierten Fällen des Diebstahls nach § 243 befinden sich solche, die teils begriffl., teils nur regelmäßig auch die Tatbestandsmerkmale der Sachbeschädigung und des Hausfriedensbruchs enthalten. Diese aber sind nicht in den gesetzl. Tatbestand des § 370 Ziff. 5 aufgenommen. Wie in den Fällen, in welchen *begrifflich* der Hausfriedensbruch nicht Tatbestandsmerkmal des qualifizierten Diebstahls ist, Gesetzes- und nicht Idealkonkurrenz zwischen §§ 123 und 243 StGB. angenommen wird (RGSt. 40, 430), so muß m. E. GesKonkurrenz zwischen §§ 243 und 370 Ziff. 5 angenommen werden. Daß hier kraft stillschweigender Anordnung § 243 ausgeschlossen werden soll, ergeben die Mot. z. StGB. § 366 Nr. 3: „Noch ist zu erwähnen, daß diese Entwendungen, selbst wenn sie unter erschwerenden Umständen begangen sind, *nur* nach den Vorschr. dieses Paragraphen zu beurteilen sind" (RGSt. 43, 176). Im Falle des räuberischen Diebstahls aber handelt es sich nicht mehr um einen straferhöhenden Um-

stellen, weil sie noch andere Begriffsmerkmale außer dem Diebstahl und der Unterschlagung enthalten. So wird durch § 370 Abs. 1 Nr. 5 StGB. die Anwendung der §§ 133 und 350 StGB., aber auch der §§ 249—251 u. 252 StGB. nicht ausgeschlossen. Insbes. ist § 252 StGB. — ebenso wie § 249 StGB. — nicht ein bloßer Erschwerungsgrund des Diebstahls, wie die Straferhöhungsgründe der §§ 243, 244 StGB., sondern eine Sonderstraftat mit eigenartigem Tatbestand, worin alle Fälle des Diebstahls — die einfachen, leichteren und schwereren Fälle — aufgehen, sofern zu seinen Merkmalen die weiteren Voraussetzungen des § 252 StGB. (Verübung von Gewalt oder Anwendung von Drohungen bestimmter Art) hinzutreten. Dies ergibt die Entstehungsgeschichte und die systematische Stellung des § 252 — ebenso wie des § 249 — im StGB. (vgl. RGSt. 6, 243, 325; 13, 391; 14, 312, 315; 19, 141, 146; 43, 175; 46, 376; 51, 65, 69; RG.: Recht 1930 Nr. 927).

Das hat auch BayObLGSt. 20, 102 ausgesprochen.

Die einzige abweichende Entsch. RGSt. 60, 380 gibt keinen Anlaß, von der angef. ständigen Rspr. des RG. abzugehen, zumal da der Sen. in einer neueren Entsch. (DRZ. 1930 Rspr. Nr. 410) seine abweichende Meinung aufgegeben hat.

Die ständige Rspr. des RG. wird geteilt vom LpzKomm., 4. Aufl., Anm. V 15 zu § 370 (allerdings abweichend v. Anm. 1 u. 2 zu § 252) und von Olshausen, 11. Aufl., Anm. i α zu § 370 Nr. 5 (ebenfalls abweichend von Anm. 1, 2 u. 4 zu § 252).

Auch die Entw. eines neuen StGB. stehen, wenn sie auch in der systematischen Eingliederung der Best. über Raub und räuberischen Diebstahl voneinander abweichen, übereinstimmend auf dem Standpunkt, daß die Fälle des Raubes und des räuberischen Diebstahls im Verh. zur Genußmittelentwendung einander gleichstehen und daß die mit der Anwendung von Gewalt oder Drohung verübten Fälle der Genußmittelentwendung nach den Vorschr. über Raub und räuberischen Diebstahls zu bestrafen seien (vgl. Entw. 1919: §§ 366 Abs. 2, 369 mit Begr. S. 312, 313, 316, 317; Entw. 1924: §§ 303, 305 mit Begr. S. 157, 158, 160; Entw. 1927: §§ 332, 336, 338 mit Begr. S. 169, 171, 172).

(BayObLG., StrSen., Urt. v. 23. März 1931, RevReg. II Nr. 123/31.)

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

Naumburg. **I. Materielles Recht.**

1. Art. 86 EVO. In der Stellung von „Salzwagen" zum Kartoffeltransport liegt kein grobes Verschulden der Reichsbahn. Wenn der Verlader die Kartoffeln nicht gegen das Salz durch Stroh oder Ähnliches schützt, so ist darin weder ein Mangel der Verladung zu erblicken, noch trifft den Verlader ein Verschulden. Kartoffeln gehören nicht zu den Gütern des Art. 86 Ziff. 4 EVO. (a. E.). Der gemeine Wert wird nach dem Verkaufs-, nicht nach dem Einkaufspreis berechnet. †)

Der Kl. hat im Okt. 1925 Kartoffeln in einem ihm von der Bahn gestellten Wagen versandt, der vorher mit Salz beladen gewesen, aber „besenrein" gemacht war. Durch Salz waren 6% der Kartoffeln verdorben. Der Empfänger verweigerte deshalb die Abnahme und der Kl. mußte die Kartoffeln anderweit unter Preis verkaufen. Er verlangt von der Bahn Ersatz des vollen ihm erwachsenen Schadens. Es sind ihm die 6% zugesprochen, im übrigen ist die Klage abgewiesen worden.

Die Bekl. haftet ohne Rücksicht auf ihr Verschulden für Schaden, der an dem Beförderungsgut in der Zeit von der Annahme zur Beförderung bis zur Ablieferung entstanden ist (§ 84 der damals geltenden EVO. v. 23. Dez. 1908). Der Schaden an den Kartoffeln ist durch Salzrückstände des Wagens entstanden. Damit ist auch die Entstehung des Schadens zwischen Annahme und Ablieferung nachgewiesen.

Die von der Bekl. geltendgemachten Haftausschließungsgründe des § 86 EVO. liegen nicht vor. In Betracht könnten nur die Fälle der Ziff. 2—4 des § 86 I kommen.

Die Anwendung der Ziff. 2 entfällt schon deshalb, weil eine Erklärung des Kl., daß die Kartoffeln unverpackt oder mit mangelhafter Verpackung aufgegeben seien, nicht in den Frachtbrief aufgenommen ist. Die Aufnahme in den Frachtbrief ist eine Voraussetzung der Anwendbarkeit dieser Vorschrift.

Auch die Ziff. 3 ist nicht anwendbar. Allerdings hat der Kl. die Verladung auf Grund des Tarifs selbst vorgenommen. Die Bekl. macht aber selbst geltend, der Schaden habe vermieden werden können, wenn der Kl. die Kartoffeln mit Stroh oder anderen Mitteln verpackt hätte. Es handelt sich mithin nicht um einen Verladungs-, sondern um einen Verpackungsmangel. Die Verladung war ordnungsmäßig. Allerdings kann auch die Beladung eines mangelhaften Wagens eine mit der Selbstverladung zusammenhängende Gefahr sein. Der Wagen war aber nicht mangelhaft i. S. dieser Vorschrift. Er war seiner Beschaffenheit nach für den Transport geeignet, und Salzrückstände waren, wie die Bekl. selbst vorträgt, nicht sichtbar.

Auch die Anwendung der Ziff. 4 muß ausscheiden. Allerdings können Kartoffeln zu den Gütern gerechnet werden, die nach ihrer natürlichen Beschaffenheit der besonderen Gefahr der Minderung oder Beschädigung ausgesetzt sind. Aber die Vorschrift ist nur auf die Fälle zu beziehen, in denen die Gefahr gerade auf der besonderen Eigenart der Ware allein beruht und der aus ihr drohende Schaden unabhängig von der Beschaffenheit des Wagens ist. Dieser Fall liegt nicht vor.

Greifen danach die Haftausschließungsgründe des § 86 EVO. nicht durch, so kann sich die Bekl. von der Haftung noch dadurch befreien, daß sie einen der Gründe des § 84 EVO. als gegeben nachweist. Es kann von den dort vorgesehenen Fällen nur eigenes Verschulden des Kl. in Frage kommen. Ein solches sieht die Bekl. darin, daß er es unterlassen hat, die Kartoffeln durch Verpackung mit Stroh oder anderem Material gegen Salzschaden zu schützen. Es ist allerdings, wie sich aus den überreichten Fachzeitschriften des Kartoffelhandels ergibt, in den Kreisen der Kartoffelhändler allgemein bekannt, daß Kartoffeln auf dem Transport der Gefahr ausgesetzt sind, Schaden durch sog. Salzwagen zu erleiden. Der Kl. behauptet auch nicht, daß ihm dies unbekannt gewesen sei. Trotzdem kann ein Verschulden in dem Unterlassen der Verpackung nicht gefunden werden. Vorsatz kommt nicht in Betracht, auch eventueller Vorsatz ist auszuscheiden, da auch eine große Anzahl Transporte unbeschädigt ankommt. Aber auch Fahrlässigkeit ist abzulehnen. Allerdings muß der Absender bei jeder Verladung von Kartoffeln damit rechnen, daß er einen Salzwagen gestellt be-

---

stand gegenüber dem einfachen Diebstahl (RGSt. 60, 381, v. Liszt, Ebermayer zu § 252 und Frank), sondern, wie RGSt. 6, 243 im Anschluß an die Mot. und die Geschichte überzeugend dargelegt haben, um ein „besonders, gegen Person und Eigentum" begangenes Verbrechen, in dem der Diebstahl als ein Tatbestandsmerkmal aufgeht. Das ergibt auch die Systematik des Ges., denn § 252 ist in einem anderen Abschnitt als der Diebstahl und die Unterschlagung geregelt. Die Berufung auf die Entw. eines neuen StGB., insbes. auf den Entw. von 1927, ist nicht stichhaltig. Zwar schließt dieser, der übrigens den Mundraub nicht mehr als Übertretung, sondern als Vergehen ahndet, den in seinem § 332 geregelten Fall des § 252 StGB. ausdrücklich von der Privilegierung (§ 336 Abs. 1) aus und entscheidet somit die vorl. Streitfrage i. S. der besprochenen Entsch., aber er regelt im Gegensatz zum Raub (27. Abschn.) den Fall des § 252 StGB. als einen Fall des Diebstahls (§ 332) im gleichen Abschnitt mit dem Diebstahl. RA. Alfred Oberniker, Berlin.

Zu 1. Dem Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen. Zu den Gründen möchte ich bemerken:

a) Auch Wagenladungsgüter können einer Verpackung bedürfen. Richtig ist, daß der Einwand des Verpackungsmangels entfällt, weil der Vermerk darüber im Frachtbriefe gefehlt hat. Es muß jedoch hervorgehoben werden, daß Kartoffeln grundsätzlich keiner Verpackung bedürfen. Die von der Eisenbahn nach § 62 EVO. erforderte Verpackung soll das Gut nur gegen die normalen Gefahren der Eisenbahnbeförderung schützen, nicht gegen außergewöhnliche Gefahren, wie unsichtbare Salzrückstände.

b) Mangelhafte Verladung lag deshalb nicht vor, weil die Salzrückstände nicht sichtbar waren (nicht weil das Fehlen des Strohes usw. ein Verpackungsmangel sei). Die Beladung eines mangelhaften Wagens kann ein Fehler der Selbstverladung sein, aber nur, wenn der Mangel offensichtlich war. Im übrigen darf der Absender darauf vertrauen, daß die Eisenbahn nur einen mängelfreien Wagen zur Beladung stellt.

c) Kartoffeln unterliegen der Gefahr des Verderbens, wie fast alle Nahrungsmittel. Diese Gefahr muß aber allein in ihrer Natur begründet sein, wenn sie die Haftbefreiung der Eisenbahn bewirken soll. Wenn die Ursache des Verderbens durch äußere Umstände, z. B. durch Salzrückstände im Wagen, gesetzt wird, ist der Schaden nicht durch die innere Natur i. S. des § 86 Ziff. 4 EVO. entstanden.

d) Der Absender darf darauf vertrauen, daß ihm nicht bloß besenreine Wagen gestellt werden, sondern daß ihm überhaupt Wagen gestellt werden, die zur Verladung des Frachtgutes geeignet sind.

Das Risiko, welches in dem Vorhandensein von unsichtbaren Mängeln des Wagens liegt, muß eben die Eisenbahn tragen; denn die Wagen sind ihr Eigentum; sie schließt mit Hilfe derselben Frachtverträge ab. Sie ist verpflichtet, ordnungsmäßige, das heißt mängelfreie Wagen zu stellen, nicht bloß „besenreine".

e) Daß aber auch auf Seiten der Eisenbahn eine grobe Fahrlässigkeit nicht vorliegt, ist wohl unzweifelhaft.

Dagegen ist die Frage, ob nicht wenigstens eine leichte Fahrlässigkeit der Eisenbahn anzunehmen ist — weil sie die Salzwagen nicht gekennzeichnet hat — durch die Ausführungen des obigen Urt. noch nicht klargestellt. Diese Frage brauchte jedoch in dieser Sache nicht entschieden zu werden.

RA. Dr. Senckpiehl, Werder a. d. Havel.

kommen hat. In einer großen Anzahl von Fällen tritt aber kein Salzschaden auf dem Transport ein. Da die Möglichkeit jedoch immer besteht, müßten die Verlader trotzdem jedem Transport Verpackungsmaterial beigeben, was sich dann in vielen Fällen wieder hinterher als unnötig herausstellen würde. Durch die Aufwendungen für die Verpackung würden den Absendern, wie ohne weiteres einleuchtet, so erhebliche Mehraufwendungen und Erschwerungen entstehen, daß ihnen diese Maßnahme wirtschaftlich nicht zuzumuten ist. Wenn daher der Absender es unterläßt, Vorkehrungen gegen den zwar möglichen, aber in vielen Fällen trotzdem nicht entstehenden Schaden zu treffen, so nimmt er damit zwar die Gefahr in Kauf, daß im Einzelfall doch ein Schaden entsteht. Aber er verletzt damit noch nicht eine ihm obliegende Sorgfaltspflicht. Der Kl. hat daher nicht fahrlässig gehandelt, wenn er die Kartoffeln nicht durch Verpackung geschützt hat. Die Bekl. kann sich mithin nicht darauf berufen, daß der Schaden durch ein Verschulden des Kl. verursacht sei.

Danach liegt keiner der Befreiungsgründe der §§ 84, 86 EVO. vor, und die Bekl. kann eine gänzliche Befreiung von ihrer Haftung nicht verlangen. Infolgedessen ist ihre Anschlußberufung, mit der sie die völlige Abweisung der Kl. begehrt, unbegründet und deshalb zurückzuweisen.

Der Umfang der Haftung richtet sich zunächst nach § 88 EVO., wonach der gemeine Handelswert zu ersetzen ist. Mit der Berufung will der Kl. Ersatz des vollen Wertes erreichen. Das kann er nur verlangen, wenn der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Bekl. herbeigeführt ist (§ 95 EVO.). Diesen Nachweis hat er nicht geführt.

Vorsatz kommt nach Lage des Falles nicht in Betracht. Nach dem Beweisergebnis ist auch grobe Fahrlässigkeit nicht anzunehmen.

Auch die besondere Kennzeichnung der Kaliwagen ist nicht durchführbar. Welche Wagen überhaupt noch nicht zu Kalitransporten verwendet worden sind, wird sich nicht feststellen lassen. Es muß angenommen werden, daß im Verlauf eines halben Jahres jeder Wagen, soweit er nicht lediglich für Stückgut dient, einmal zur Kalibeförderung herangezogen sein kann. Es müßten jedenfalls, um sicher zu gehen, alle Wagen gekennzeichnet werden. Weiter entsteht die Schwierigkeit, daß eine genaue Geltungsdauer der Warnzettel sich nicht festlegen läßt, weil sich ohne genaue Untersuchung nicht mit Sicherheit sagen läßt, wenn ein Wagen von Salzrückständen gänzlich frei geworden ist. Die Folge wäre wohl bald, daß so viele Wagen bezettelt wären, daß die nötigen Kartoffelwagen nicht oder nicht ohne erhebliche Leertransporte zur Verfügung stehen würden. Die Maßnahme ist daher zwecklos. Auch die Anbringung solcher Zettel ist kaum mit Sicherheit durchführbar. Wenn sie außen angebracht werden, würden sie jedenfalls nach kurzer Zeit verwaschen und unleserlich sein können. Es kann daher auch die besondere Kennzeichnung der Kaliwagen nicht verlangt werden.

Nach dem Beweisergebnis muß es daher als wirtschaftlich unmöglich für die Bekl. angesehen werden, Vorkehrungen dagegen zu treffen, daß Kartoffeltransporte Schaden durch Salzwagen erleiden. Ist das aber der Fall, so liegt auch keine grobe Fahrlässigkeit vor, und es besteht deshalb eine Verpflichtung zum Ersatz des vollen Schadens aus § 95 EVO. nicht.

(OLG. Naumburg, Urt. v. 21. Jan. 1930, 2 U 131/27.)

Mitgeteilt von RA. **Huckemann**, Naumburg a. d. S.

*

Oldenburg.

2. § 1 RHaftpflG. § 254 BGB. findet auch dann Anwendung, wenn die Ursächlichkeit der Betriebsgefahr der schuldhaften Verursachung durch den Verletzten gegenübersteht. †)

Die Kl. stützt ihren Anspruch auf §§ 1 und 3 RHaftpflG. § 1 erfordert zur Klagbegründung, daß bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getötet oder körperlich verletzt worden ist. Daß der Ehemann der Kl. am 26. Aug. 1927 von einer auf der der Reichsbahn gehörenden Strecke Bremen—Oldenburg fahrenden Lokomotive derart angefahren und verletzt worden ist, daß er kurz nach dem Unfall an den erlittenen Verletzungen starb, ist unstreitig. Die Bekl. bestreitet, daß zwischen dem Eisenbahnbetriebe und dem Unfall ein ursächlicher Zusammenhang vorliege; der Unfall sei allein durch das Verhalten des Getöteten verursacht. Indes kann, wie RG.: JW. 1903, 136 ausführt: „vom rechtlichen Gesichtspunkt des § 1 RHaftpflG. wie des § 254 BGB. aus nicht davon gesprochen werden, daß ein Unfall, der bei dem Betriebe der Eisenbahn sich ereignet und eine Person beschädigt hat, allein auf das Verschulden des Beschädigten zurückzuführen wäre. Denn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ist eine Verletzung nur erfolgt, wenn sie auf den Betrieb als Ursache hinweist. Daraus ergibt sich, daß ein eigenes Verschulden nur als mitwirkende Ursache in Betracht kommen kann, nicht als alleinige." Von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, kann sonach keine Rede sein. Eine solche läge nur dann vor, wenn jede Bedingung für sich allein geeignet wäre, den gleichen Erfolg herbeizuführen. Das ist hier aber nicht der Fall. Anders wäre es, wenn nach dem schädigenden Ereignis eine neue Bedingung, die für sich allein den Tod herbeigeführt hätte, hinzugekommen wäre. Wenn das OLG. Naumburg im Urt. v. 8. Juli 1927 (II U 91/27) eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch das völlig willkürliche und unter Außerachtlassung jeder Vorsicht erfolgte Handeln des Verletzten annimmt, so liegt darin eine unzulässige Verquickung der Frage nach der Verursachung mit der nach dem Verschulden. Hiernach ist die Klage nach § 1 RHaftpflG. begründet.

Da sowohl der Betrieb, wie auch das Verhalten des Getöteten den Unfall verursacht haben, kommt es nach der jetzt in der Rspr. herrschenden Meinung darauf an, ob die vom Getöteten gesetzte Ursache ihm zum Verschulden anzurechnen ist und bejahenden Falles wodurch der Unfall vorwiegend verursacht ist. Denn § 254 BGB. findet, wie in der Rspr. des RG. anerkannt ist (RG. 53, 399; 56, 154; 114, 292; **Seligsohn**: HaftpflG. § 1 Anm. 197), nicht nur bei beiderseitigem Verschulden Anwendung — wie noch vom RG. in RG. 53, 75 angenommen ist —, sondern auch dann, wenn die Ursächlichkeit der Betriebsgefahr der schuldhaften Verursachung durch den Verletzten gegenübersteht. Hierbei sind die gesamten Umstände des Falles zu berücksichtigen. Es ist zu prüfen, inwieweit der Verletzte die von ihm zu verlangende Sorgfalt außer Acht gelassen hat und in welchem Maße dieser Umstand zur Herbeiführung des Erfolges beigetragen hat, andererseits bezüglich Prüfung der Frage, in welchem Maße die Betriebsgefahr für den Unfall ursächlich gewesen ist, ob es sich nur um die allgemeine Gefährlichkeit des Eisenbahnbetriebes gehandelt hat, oder ob diese noch durch besondere Umstände vor allem durch ein Verschulden des Bekl. selbst oder ihrer Beamten und Angestellten noch erhöht war. Was das Verschulden des getöteten H. anlangt, so ist als bewiesen anzusehen, daß die Arbeiter nicht nur vor Beginn der durch die Firma F. und Söhne ausgeführten Arbeiten an der Rutschstelle durch den Oberinspektor M. auf das Verbot der Überschreitung der Gleise und auf die bei dem regen Verkehr auf der Strecke aus einer Übertretung des Verbots entstehenden Gefahren hingewiesen sind, sondern daß dies auch während der Ausführung der Arbeiten von dem die Ausführung der Arbeiten beaufsichtigenden von der Reichsbahn gestellten Rottenführer B. und dem die Firma vertretenden Vorarbeiter H., dem Bruder des Getöteten, geschah. Im allgemeinen stellt ein gegen bahnpolizeiliche Verbote verstoßendes Handeln ein derart grobes eigenes Verschulden dar, daß dadurch jede Haftung der Eisenbahn ausgeschlossen wird. Es ist jedoch Voraussetzung, daß das Verbot nicht nur formell besteht, sondern auch tatsächlich durchgeführt wird, so daß seine Ernstlichkeit denjenigen, für die es bestimmt ist, zum Bewußtsein kommt (**Seligsohn**: § 1 Anm. 180). Wenn nun auch nach der Beweisaufnahme das Verbot durch den Getöteten und die übrigen Arbeiter häufig übertreten wurde, indem sie sich über die Gleise nach der nördlichen Bahnseite begaben, um sich die Schuhe in der Grüppe zu reinigen und auszutreten, so kann doch von einer wissentlichen Duldung solchen Verfahrens durch die Organe der Bahn keine Rede sein. B. bekundet, daß er das Überschreiten der Gleise nicht bemerkt gehabt habe, da er stets mit dem Bauzug nach der Ausweichstelle gefahren sei. Selbst wenn er es aber einige Male gesehen hätte, so wäre es unerheblich, da er kein Bahnpolizeibeamter ist. Dafür, daß die Organe der Bahn von dem Verhalten der Arbeiter Kenntnis gehabt und das Verhalten längere Zeit stillschweigend geduldet hätten, ist kein Anhalt gegeben. Einem erwachsenen Menschen gegenüber ist der Standpunkt berechtigt, daß er bei Übertretung eines Verbots und noch dazu, wenn er eine Warnung mißachtet hat, die für ihn daraus entstehenden teiligen Folgen allein zu tragen hat. Das in der Übertretung des Verbots liegende Verschulden wird auch nicht dadurch gemildert, daß die Übertretung nicht durch den Getöteten allein erfolgte, sondern auch durch die andern Arbeiter, und nicht dadurch, daß es oft täglich geschah. Man kann auch nicht sagen, daß die tägliche Arbeit an der Rutschstelle und das ganz gelegentliche

---

Zu 2. Das OLG. rechnet dem Getöteten als grobe Fahrlässigkeit an, daß er sich trotz der Warnungen zu nahe an dem Gleise aufgehalten habe. Es erachtet andererseits nicht als dargetan, daß die Betriebsgefahr durch besondere Umstände gesteigert gewesen sei, und gelangt unter Abwägung nach § 254 BGB. zur völligen Abweisung der Klage. Wenn man dem OLG. auch darin wird beitreten müssen, daß dem Verletzten ein erhebliches Verschulden zur Last zu legen ist, so wird man m. E. der Entscheidung darin nicht folgen können, daß sie eine Steigerung der allgemeinen Betriebsgefahr verneint. Aus der Urteilsbegründung ergibt sich, daß nicht nur der Getötete, sondern auch die anderen Arbeiter oftmals täglich die Gleise nach der nördlichen Bahnseite zu überschritten haben, um sich die Schuhe in der Grüppe zu reinigen und auszutreten. Wenn unmittelbar an den Eisenbahngleisen Arbeiten ausgeführt werden, so ist die allgemeine Betriebsgefahr als gesteigert anzusehen, sofern dieser Erhöhung nicht durch ausreichende Sicherungsmaßnahmen entgegengewirkt wird. Daß letzteres nicht der Fall war, beweist die dauernde Zuwiderhandlung gegen das Überschreitungsverbot. Unter diesen Umständen hätte m. E. die Abwägung gemäß § 254 dazu führen müssen, der Kl. einen wenn auch geringen Teil des Schadens zuzusprechen. In diesem Sinne hat übrigens auch das RG. in der Entsch. v. 12. Mai 1924 (JW. 1924, 1157 [20]) einen ähnlich liegenden Fall beurteilt (vgl. auch RG. v. 26. Nov. 1928; EisArch. 1929, 762).

RA. Dr. **Franz Seligsohn**, Berlin.

Arbeiten auf dem südlichen Gleise zur Entfernung der zwischen die Schienen gefallenen Erde, sowie die Gewöhnung an das Überschreiten der Gleise das Gefühl für die Gefährlichkeit des Betriebes mindern mußte. Denn gerade bei den mehrfachen Warnungen, die Gleise zu überschreiten, wurde bei dem Getöteten und den andern Arbeitern das Bewußtsein rege gehalten, daß sie die Verantwortung für die Folgen der Übertretung selbst traf. Was für das Überschreiten der Gleise gilt, muß aber auch dafür gelten, daß der Getötete auf der nördlichen Seite sich so nahe an dem Gleise aufhielt, daß er von der Lokomotive erfaßt werden konnte. Hiernach ist das Verhalten des Getöteten als grobe Fahrlässigkeit anzusehen, die gegenüber der allgemeinen Betriebsgefahr des Bahnbetriebes so überwiegend ist, daß nach § 254 BGB. die Haftung der Bekl. entfällt. Daß die Betriebsgefahr durch besondere Umstände, insbesondere durch ein Verschulden gesteigert war, ist nicht bewiesen. Die Arbeiten an der Rutschstelle wurden nicht durch die Bekl. in eigener Regie ausgeführt, sondern waren an die Firma F. und Söhne als selbständige Unternehmerin vergeben. Die Bekl. hatte daher keinerlei Fürsorgepflichten gegenüber den Arbeitern, deren Außerachtlassung diese zur Überschreitung der Gleise veranlaßt haben könnte. Es handelte sich auch nicht eigentlich um Arbeiten auf dem Bahnkörper, da nur ganz gelegentlich an dem Gleise zu arbeiten war, was zudem stets unter Aufsicht B.s geschah. Für diese Arbeiten kam auch nur das südliche Gleis an der Rutschstelle in Betracht und ein Überschreiten des nördlichen Gleises hing mit den Arbeiten überhaupt nicht zusammen. Dafür einen weiteren ständigen Posten auszustellen, um das Verhalten der Arbeiter beim Ruhen der Arbeit zu beaufsichtigen, lag nicht die geringste Veranlassung vor. Es kann auch keine Verpflichtung der Bekl. angenommen werden, ihre Strecken ständig so zu überwachen, daß keine verbotwidrigen Überschreitungen der Gleise vorkamen. Mindestens bestand eine solche Verpflichtung gegenüber den das Verbot Übertretenden nicht. Aber auch ein Verschulden des Führers und Heizers der leer fahrenden Lokomotive, durch die der tödliche Unfall herbeigeführt wurde, liegt nicht vor. Bei der Fahrt der Maschine wurde die Strecke wenigstens von einer der beiden Begleitpersonen beobachtet, und der Umstand, daß der an Stelle des Lokomotivführers eine kurze Zeit beobachtende Heizer vom linken Führersitz aus eine gewisse Strecke der rechten Bahnseite nicht übersehen konnte, fällt nur in die allgemeine Betriebsgefahr.

(OLG. Oldenburg, 2. ZivSen., Urt. v. 12. Juli 1929, U 64/29.)

Mitgeteilt von st. LGDir. Witthauer, Oldenburg.

*

Stuttgart.

3. § 63 Abs. 5 EVO.; § 839 BGB. Bei Wagengestellung hat die Bahn die Legitimation des Absenders zu prüfen. †)

Dem Kl. hat die Reichsbahn einen Wagen zur Verladung von Obst gestellt. Ohne seine Ermächtigung hat der Käufer des Obsts die Absendung des Wagens veranlaßt, obwohl der Kl. dem Stationsvorsteher aufgetragen hatte, den Wagen nicht ohne seine Einwilligung abgehen zu lassen. Dadurch ging dem Kl. der Kaufpreis verloren. Er fordert den Schaden vom Stationsvorsteher und von der Reichsbahn ersetzt. Die Klage gegen den ersteren wurde abgewiesen. Er handelte zwar schuldhaft, stand jedoch in keinem Vertragsverhältnis zum Kl. und haftete auch nicht aus § 839 BGB., weil ihm nur Fahrlässigkeit zur Last fällt und der Kl. Ersatz von der Reichsbahn verlangen kann, die für den Staationsvorsteher als verfassungsmäßigen Vertreter bei einer Amtshandlung haftet (EgerEntsch. 44, 86). § 839 ist auch nach dem Übergang auf die Reichsbahngesellschaft maßgebend geblieben, weil das die Interessen des Publikums erfordern (JW. 1927, 1352).

Die Reichsbahngesellschaft haftet aus Vertrag. Daß in der Wagengestellung ein Vertrag liegt, wird verneint von Löning, JÜG. 340; Eger, EVO. § 63 Anm. 292; EgerEntsch. 40, 187; Staub, HGB. § 453 Anm. 13; dagegen bejaht von Blume-Weirauch, EVO. §§ 63 Anm. 13, 64 Anm. 1; EgerEntsch. 29, 239, 384; RG. 109, 150[1]); 66, 405[2]). Gegen die Annahme eines Vertrags spricht nicht, daß die Bahn zur Stellung des Wagens gesetzlich verpflichtet ist; eine solche Pflicht besteht auch bei Beförderung der übergebenen Güter und gleichwohl erfolgt die Beförderung auf Grund Vertrags. Der Vertrag ist auch nicht mit der Gestellung des Wagens erfüllt, wie Blume-Weirauch annimmt, sondern dauert bis zum Abschluß des Frachtvertrags oder bis zur Rückgabe des Wagens. Denn die Gestellung geschieht, um die von beiden Seiten in Aussicht genommene Beförderung zu ermöglichen. Daß die Beförderung auch unterbleiben kann, ändert daran nichts; es ist für diesen Fall eine besondere Vergütung in § 63 Abs. 5 EVO. vorgesehen. Durch die Wagengestellung erwirbt nun der Besteller das alleinige Recht, über den Wagen zu verfügen, ihn zu beladen und zu versenden. Die Bahn ist infolgedessen verpflichtet, die Befugnis des Absenders zu prüfen, ob er Besteller oder von diesem ermächtigt ist. Diese Pflicht hat der Stationsvorsteher als Erfüllungsgehilfe der Bahn versäumt.

(OLG. Stuttgart, 4. ZivSen., Urt. v. 13. Mai 1929, U 1291/28.)

Königsberg. **II. Verfahren.**

4. NotVO. v. 1. Dez. 1930. Gegen die Verweigerung des Armenrechts für die Wiederaufnahme durch das LG. als BG. findet keine Beschwerde statt.

Durch den angef. Beschl. ist dem Bekl. das Armenrecht für die von ihm beabsichtigte Wiederaufnahme des durch das rechtskräftige Urt. des LG. als BG. geschlossenen Verfahrens verweigert. Seine Beschw. ist nach § 5 VO. des RPräs. v. 1. Dez. 1930 unzulässig. Zur Entsch. über die Wiederaufnahme ist nach § 584 ZPO. das BG. zuständig. Nach § 5 VO. findet aber gegen Beschl. des BG., durch die einer Partei das Armenrecht verweigert ist, nicht statt. Nach dieser Fassung ist die Beschw. nicht nur, wenn das LG. auf eine Berufung entscheidet, sondern auch in dem Falle ausgeschlossen, daß es zu einer Entsch. auf Grund seiner früheren Stellung als BG. zuständig ist.

(OLG. Königsberg, 5. ZivSen., Beschl. v. 12. Okt. 1931, 7 W 1022/31.)

Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

Berlin. **b) Strafsachen.**

I. Notverordnungen.

5. § 7 Abs. 3 6. Teil Kap. I NotVO. v. 6. Okt. 1931; § 310 StPO. Ist ein Privatklageverfahren auf Grund der NotVO. eingestellt worden, dann ist eine nur gegen die Kostenentscheidung gerichtete sofortige Beschwerde zulässig, die weitere Beschwerde aber auf Grund des § 310 StPO. unzulässig. †)

Der Auffassung des LG., daß die im Einstellungsbeschluß des

Zu 3. 1. Der mitgeteilte Inhalt der Entsch. läßt nicht erkennen, von wem der Frachtbrief ausgestellt war, auf Grund dessen der Wagen abgesandt worden ist. Sollte ihn der Kläger ausgestellt haben, so wäre der Frachtvertrag gültig zustande gekommen. Zulässig wäre es gewesen, wenn der Absender nachträglich verfügt hätte, das Gut an dem Bestimmungsbahnhof zurückzuhalten, nicht aber den beladenen, zur Beförderung angenommenen Wagen auf der Versandstation stehen zu lassen (§ 72 EVO.). Das mit gültigem Frachtbrief aufgelieferte Gut wäre mithin bestimmungsgemäß an den Adressaten, den Käufer des Obstes, abgeliefert worden und nicht in Verlust geraten. Dagegen hätte die Eisenbahn einen von dem Käufer ausgestellten Frachtbrief zurückweisen müssen, weil sie von ihm nicht das Gut annehmen konnte, über das er, wie sie wußte, nicht zu verfügen hatte. Die Versendung auf Grund eines solchen Frachtbriefs hätte zwar den Verlust des Gutes, die Haftung nach § 85 EVO., bei grobem Verschulden nach § 91 EVO. aber nicht herbeigeführt, weil kein Frachtvertrag zustande gekommen war. Dagegen würde die Entziehung des Gutes eine Haftung nach §§ 89 oder 831 BGB. zur Folge haben.

2. Die Eisenbahn hat den Wagen bereitzustellen, der Absender hat ihn zu beladen und den Frachtbrief beizubringen. Kommt ein Frachtvertrag nicht zustande, so bleibt nach § 242 BGB. die Eisenbahn verpflichtet, die Gestellung des Wagens so zu bewirken, wie Treu und Glauben es erfordern. Sie kann daher, wenn sie den Wagen nicht über die Frist des § 63 hinaus gegen Standgeld beladen stehen lassen will, nur den Wagen ausladen. Läßt sie ihn in Verlust geraten, so haftet sie nach § 276 BGB., § 347 HGB. für Verschulden. Die Frage, ob der Wagengestellung der Abschluß eines Vertrages zugrunde liegt oder ob sie eine unmittelbar aus dem Gesetz abzuleitende Verpflichtung darstellt, kann auf sich beruhen, denn der § 242 gilt auch für ein Schuldverhältnis, das aus einem Tatbestande unmittelbar kraft Gesetzes entspringt. Diese Haftung tritt neben die obige aus §§ 89 oder 831 BGB. und umfaßt ebenfalls den vollen Schaden, wie überhaupt die außervertragliche Haftung für die Eisenbahn häufig ungünstiger als die frachtvertragliche Haftung ist.

3. Die Klage stützt sich anscheinend nur auf ein nicht deliktisches Verschulden und richtet sich gegen den Stationsvorsteher und die Reichsbahn. Infolgedessen kommt nicht die Eigenschaft des Stationsvorstehers als eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters (§ 89 BGB., vgl. RG. 121, 382 = JW. 1928, 2317), die nur eine Haftung der Reichsbahn für deliktisches Verschulden begründet, sondern seine Eigenschaft als Erfüllungsgehilfe in Betracht, aus der sich die Haftung der Reichsbahn für sein Verschulden bei Erfüllung einer aus einem Vertrage oder unmittelbar aus dem Gesetz hervorgehenden schuldrechtlichen Verpflichtung herleitet. Auch als Erfüllungsgehilfe kann der Stationsvorsteher eine Amtspflichtverletzung begehen und ist nach § 839 BGB. gegen eine Inanspruchnahme von seiten des Verletzten, der von der Reichsbahn nach § 278 BGB. Ersatz zu verlangen vermag, geschützt.

JR. Dr. Schmidt-Ernsthausen, Düsseldorf.

[1]) JW. 1925, 620. [2]) JW. 1907, 754.

Zu 5. Vgl. Held oben S. 361; LG. II Berlin: JW. 1932, 68 nebst Anmerkung Dörffler, ebenda.

D. S.

AG. enthaltene Kostenentsch. einer selbständigen Anfechtung nicht zugänglich sei, kann nicht beigetreten werden:

Wie der Senat bereits in seinem Beschl. v. 2. Nov. 1931 (KG. 4 W 422/31) ausgesprochen hat, ist die Beschränkung des Rechtsmittels der im § 7 Abs. 3 6. Teil Kap. I NotVO. v. 6. Okt. 1931 zugelassenen sofortigen Beschw. auf den Kostenpunkt unbedenklich für zulässig zu erachten. Das folgt schon aus dem allgemein anerkannten Rechtsgrundsatze, daß die Best. darüber, von wem die Kosten des Verfahrens zu tragen sind, die in jedem Urteil, jedem Strafbefehl und in jeder eine Untersuchung einstellenden Entsch. enthalten sein muß (vgl. § 464 StPO.), selbständig der Anfechtung mit den in der StPO. vorgesehenen Rechtsmitteln unterliegt. Von diesem allgemein anerkannten strafprozessualen Grundsatz für den Fall des § 7 NotVO. und die in ihm vorgesehene Einstellungsermächtigung eine Ausnahme zu machen, besteht kein zwingender Anlaß.

Die Vorschr. der §§ 7, 8 NotVO. stellen sich als Ergänzung der §§ 374 ff. StPO. und damit als Teil der StPO. dar. Als solche unterliegen sie den allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen derselben.

Aber auch abgesehen hiervon ist nicht einzusehen, weshalb es einer Partei, die sich nicht durch die Verfahrenseinstellung, wohl aber durch die Auslagenverteilung beschwert fühlt, verwehrt sein sollte, gegen eine offensichtlich unangemessene und damit § 7 Abs. 2 Satz 1 der VO. verletzende Verteilung derselben im Beschwerdewege anzukämpfen. Der Partei diesen Beschwerdeweg zu nehmen, erscheint um so weniger gerechtfertigt, als die Einstellungsermächtigung des § 7 ohnehin die Rechte der Parteien stark verkürzt, indem die Einstellung weder die Zustimmung des Privatkl. noch die des Privatbekl. erfordert.

Die vom LG. für seine gegenteilige Auffassung angeführten Gründe erscheinen nicht durchschlagend. Die Heranziehung des § 153 StPO. vermag seine Auffassung deshalb nicht zu stützen, weil der Beschluß, durch den auf erhobene öffentliche Klage das Verfahren eingestellt wird, der Zustimmung der StA. bedarf, somit gerade derjenigen Behörde, welche auch die Belange der Staatskasse wahrzunehmen hat, auf deren Kosten diese Einstellung erfolgt, während die Kostenentsch. im Verfolg der auf Privatklage hin beschlossenen Einstellung nicht einmal das vorherige Gehör der Parteien erfordert, diese also, ohne gehört zu werden, auch zur Tragung der Auslagen verurteilt werden können. Läßt sich aber die Vorschr. des § 153 StPO. nicht verwerten, so entfällt auch die Annahme, daß der Gesetzgeber der NotVO. die Fassung des § 7 Abs. 3: „gegen die Einstellung des Verfahrens findet sofortige Beschwerde statt" in bewußtem Gegensatz zur Fassung des § 153 Abs. 3 Halbsatz 2 StPO. gewählt habe: „Der Beschluß kann nicht angefochten werden." Mit den Worten: „gegen die Einstellung" hat nur zum Ausdruck gebracht sein sollen, daß gegen die Entsch. auf Grund des § 7 Abs. 1, 2 als solche der Beschwerdeweg eröffnet sei. Die vom LG. vertretene Meinung würde auch dazu führen, daß der BeschwF., selbst wenn er mit der Einstellung als solcher einverstanden wäre, gleichwohl auch die Einstellung bekämpfen müßte, um seine Beschw. nicht der Verwerfung auszusetzen. Damit würde die BeschwInst. auch mit der Nachprüfung der Einstellung befaßt, ein Ergebnis, das i. S. der Gerichtsentlastungen erstrebender Vorschriften zweifellos nicht gewollt ist. Dem Gesetzgeber kann hiernach nicht unterstellt werden, daß er offenbar unangemessene Auslagenverteilungen nur dann zur Nachprüfung des BeschwG. hätte verstellt wissen wollen, wenn gleichzeitig die Einstellung selbst angefochten ist.

Die weitere Beschw. mußte gleichwohl auf Grund des § 310 StPO. verworfen werden.

Wenn der BeschwF. die Vorschriften der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder der ZPO. heranzieht, um die Zulässigkeit der Beschw. darzutun, so fehlt für solche Heranziehung die gesetzliche Grundlage. Das gilt, soweit Vorschriften der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Betracht kommen, ohne weiteres. Aber auch soweit es sich um solche der ZPO. (§ 568) handelt, bietet zwar § 379 Abs. 3 StPO. die Grundlage, für die Anfechtung der aus Anlaß eines Gesuchs um Bewilligung des Armenrechts ergehenden Entsch. die gleichen Bestimmungen wie in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten anzuwenden. Aber nur insoweit tritt der strafprozessuale Charakter der Vorschriften über das Privatklageverfahren in den Hintergrund. Die Anfechtbarkeit strafprozessualer Entsch. richtet sich im übrigen nach den allgemeinen Regeln des Strafprozesses (§ 310 StPO.).

(KG., 4. StrSen., Beschl. v. 21. Dez. 1931, 4 W 507/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Fritz Daniel, Berlin.

*

6. § 8 Abs. 1 Kap. I Teil 6 RPräsVO. v. 6. Okt. 1931. Zur Einwirkung neuer Prozeßgesetze auf die Anfechtbarkeit von Strafurteilen. †)

(KG., Urt. v. 22. Okt. 1931, 4 V 266/31.)

Abgedr. JW. 1931, 3578. [1])

*

Naumburg.

7. Zulässigkeit der Revision in Privatklagesachen und NotVO. v. 6. Okt. 1931. Verbindung aus § 237 StPO. an Stelle der Einstellung des Verfahrens auf eine zweite Privatklage auf Grund des § 375 StPO. Unterzeichnung des Eröffnungsbeschlusses mit den Anfangsbuchstaben des Richters. †)

Die NotVO. v. 6. Okt. 1931 findet keine Anwendung, da die Rev. vor deren Inkrafttreten eingelegt worden ist.

Nach § 375 StPO. ist, wenn wegen derselben strafbaren Handlung mehrere Personen zur Privatklage berechtigt sind und einer der Berechtigten Privatklage erhoben hat, dem anderen nur der Beitritt zu dem eingeleiteten Verf. gestattet. Für den Fall, daß diese Vorschr. hier, wo beide Beleidigte gleichzeitig Privatklage erhoben haben, sinngemäß anzuwenden ist, hätte das AG.

Zu 6. Für die zeitliche Herrschaft der Prozeßgesetze lassen sich nicht allgemeine, aus dem Wesen der Sache folgende und darum unbedingt gültige Sätze aufstellen. Auch diese Fragen sind solche der jeweiligen positiven Rechtsentwicklung, wenn sich in ihr auch gewisse Grundsätze mehr und mehr als anerkannt herausgebildet haben. In sorgfältigen, auf reiches Material gestützten und überzeugenden Ausführungen glaubt das KG. in der neuzeitlichen Rechtsentwicklung zwei solche Sätze herausstellen zu können: 1. daß neues Prozeßrecht mit seinem Inkrafttreten sofort auf schwebende Verfahren Anwendung findet, und 2. daß eine vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes ergangene Entsch. nach Maßgabe des alten Gesetzes anfechtbar bleibt und also ein Verlust des bisher zulässig gewesenen Rechtsmittels durch das Inkrafttreten des neuen Gesetzes nicht eintritt.

Was das logische Verhältnis dieser beiden Sätze anlangt, so bedeutet der Satz Ziff. 2 eine wichtige Ausnahme und Durchbrechung der Regel von Ziff. 1. Denn wenn man diese Regel Ziff. 1 auf die zweite Frage anwenden wollte, so ergäbe sich, daß früher ergangene Entsch., die nach altem Recht anfechtbar waren, nicht mehr anfechtbar wären, wenn dies nach dem neuen Recht nicht mehr vorgesehen ist. Man wird der vom KG. ausgesprochenen Regel (Ziff. 1) und ihrer Ausnahme (Ziff. 2) grundsätzlich beitreten können, und zwar in dem Sinne, daß beide auch dort gelten, wo sie nicht ausdrücklich im neuen Prozeßgesetz ausgesprochen sind. Die zahlreichen Anführungen des Urt. lassen in der Tat eine Rechtstendenz nach diesen beiden Richtungen hin deutlich erkennen. Selbstverständlich aber bleibt bei der positivrechtlichen Natur der ganzen Frage die Möglichkeit offen, daß hier wie dort im Einzelfall Änderungen ausdrücklich bestimmt werden können.

Das OVG. geht ebenfalls von der Regel Ziff. 1 aus. Was die oben unter Ziff. 2 genannte Ausnahme anlangt, so ist diese nicht mit derselben Deutlichkeit wie in dem KGUrt. ausgesprochen. Der Fall lag so, daß das Rechtsmittel noch unter der Herrschaft des alten Gesetzes — vor dem 1. Okt. 1931, an welchem das PolVerwG. in Kraft trat — eingelangt worden war. Das OVG. beschränkt sich deshalb auf die Feststellung, daß Rechtsmittel, welche bei den nach altem Recht zuständigen Behörden bereits rechtsgültig erhoben waren, mit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes als bei den nach diesem Gesetze zuständigen Behörden rechtsgültig eingelegt gelten. Das ist kein Widerspruch zu dem Ausnahmesatz Ziff. 2 des KGUrt., besagt nur weniger als dieser.

Mit besonderer Schärfe ist der Regelsatz Ziff. 1 in dem vom OVG. in Bezug genommenen Urt. v. 27. Jan. 1931 (R.- u. PrVerwBl. 52, 793) ausgesprochen. Wenn hier hinzugesetzt wird: falls durch das neue Gesetz die Zulässigkeit eines bisherigen Verfahrens beseitigt ist, so könne ein schwebendes Verfahren nicht fortgesetzt und in ihm keine Sachentsch. mehr getroffen werden, so bedeutet das eine so starke Betonung der Regel Ziff. 1, daß durch sie der Ausnahmesatz Ziff. 2 in der oben ausgesprochenen Form eine gewisse Einschränkung erfährt. Es bedeutet dies, daß ein nach altem Recht zulässiges Rechtsmittel dann nicht mehr zulässig ist, wenn nach neuem Prozeßgesetz die für die Rechtsmittelentsch. zuständige Behörde in Wegfall gekommen ist. Im Rahmen der ordentlichen Gerichte wird dieser Fall kaum eintreten und es bestand deshalb auch für das KG. kein Anlaß, seinen Ausnahmesatz Ziff. 2 entsprechend einzuschränken. Im Rahmen der Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte ist dieser Fall sehr viel eher denkbar. Und dann dürfte auch die erwähnte Einschränkung gerechtfertigt und geboten sein. Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der Ausnahmesatz Ziff. 2 genauer dahin zu lauten hätte: daß eine vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes ergangene Entsch. nach Maßgabe des alten Gesetzes anfechtbar bleibt, sofern die für die Entsch. über die Anfechtung zuständige Behörde auch nach dem neuen Gesetz noch besteht. Eine an ihre Stelle getretene Behörde wird man hierbei als für die Entsch. zuständig ansehen dürfen; ist die Behörde aber überhaupt weggefallen, so entfällt damit auch die Zulässigkeit des Rechtsmittels.

Prof. Dr. Edmund Mezger, Marburg.

Zu 7. Wenn zunächst das OLG. die Rev. für zulässig erklärt, obwohl sie nach Inkrafttreten der VO. v. 6. Okt. 1931 eingelegt ist, so entspricht dies auch der Rechtsansicht des KG.: GoltdArch. 75, 374 (Dezemberlieferung 1931), das die Zulässigkeit der Rev. in allen den Fällen bejaht, in denen das angefocht. Urt. noch unter der Herrschaft des alten Prozeßrechts, also vor dem 8. Okt. 1931, dem Tage des Inkrafttretens der NotVO. er-

[1]) Vgl. PrOVG. v. 15. Okt. 1931, 3 C 35/31 unten S. 439.

die eine Privatklage als Beitritt zur anderen behandeln müssen. Andernfalls würde gem. § 237 StPO. die Verbindung beider Sachen gerechtfertigt gewesen sein. Wenn das AG. dementgegen die beiden Sachen nicht einheitlich verhandelt hat, so ist nicht abzusehen, warum das LG. diesem Mangel nicht hätte abhelfen und durch die Verbindung beider Sachen ihre einheitliche Verhandlung hätte herbeiführen dürfen. Dadurch, daß es die beiden Sachen zunächst getrennt verhandelt und dann erst miteinander verbunden hat, ist der Angekl., der in beiden Sachen vor ihrer Verbindung und nach der Verbindung nochmals zu Worte gekommen ist, nicht beschwert.

Zu Unrecht rügt die Rev. weiter, daß der Eröffnungsbeschl. in der einen Sache nicht mit dem vollen Namen des Richters, sondern nur mit dessen Anfangsbuchstaben unterzeichnet worden ist. Denn sowohl aus dieser Art der Unterzeichnung wie daraus, daß derselbe Richter den Beschl. in der Hauptverhandlung verlesen hat, ergibt sich, daß der Beschl. nicht ein bloßer Entw. geblieben, sondern unter Billigung und Verantwortung des Richters ergangen ist. Das aber muß zu seiner Rechtswirksamkeit genügen, zumal da die Rspr. annimmt, daß eine Unterschrift da, wo sie gesetzlich erforderlich ist, jederzeit nachgeholt werden kann (vgl. RG. 13, 351).

(OLG. Naumburg, Urt. v. 28. Okt. 1931, Z V 100/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Wilhelm Uellner, Nordhausen.

II. Materielles Recht.

Berlin. **1. Strafgesetzbuch.**

8. § 205 StGB. Bestimmungsmensur. Zweikampf. †)

Nach RGSt. 4, 409 braucht dem Zweikampfe eine Herausforderung i. S. des § 201 StGB. nicht vorauszugehen. Wenn dem § 205 eine Strafvorschr. über die regelmäßig anläßlich eines Ehrenhandels, also eines Konflikts ergehende Herausforderung zum Zweikampfe vorausgeht, so ist damit die Herausforderung nicht zu seiner notwendigen Voraussetzung erhoben. Das Ges. gibt keine Begriffs-

---

lassen ist. Das OLG. Naumburg hat sich damit ebenso wie das KG. und das allerdings auf den Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels abstellende OLG. Karlsruhe: JW. 1931, 3582[41] der für die Übergangszeit von altem zu neuem Prozeßrecht von der h. M. vertretenen Prozeßabschnittstheorie angeschlossen (a. M. OLG. Königsberg a. a. O. Nr. 45 und mit ihm Fütst S. 3533, die eine nach dem 7. Okt. 1931 eingelegte Rev. für unzulässig halten, wenn der Revident schon die Ber. eingelegt hatte). In der Sache selbst begegnet das Urt. des OLG. Naumburg Bedenken. Zwar nicht in der Richtung, daß es die Unterzeichnung des E. B. mit dem Anfangsbuchstaben des Namens des Richters für genügend erklärt, insofern ist seinen Ausführungen durchaus beizutreten. Wohl aber gibt das Urt. zu Bedenken Anlaß, soweit es das Prozedieren des LG. billigt und den Angekl. dadurch nicht als beschwert ansieht, dementsprechend auch die Kostenentsch. der Vorinstanzen nicht abändert. Das OLG. geht davon aus, daß, ob nun § 375 StPO. hier anwendbar gewesen sei oder nicht, zunächst das AG. beide Privatklagen hätte einheitlich behandeln müssen; jedenfalls sei die Verbindung beider Sachen durch das LG. aus § 237 StPO. „gerechtfertigt“ gewesen. Das OLG. sieht einen „Mangel“ darin, daß das AG. von der Verbindung Abstand genommen hat, einen Mangel, dem das LG. durch Herbeiführung einer einheitlichen Behandlung habe abhelfen dürfen. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß § 237 keine Verpflichtung, sondern nur eine Befugnis zur Verbindung zusammenhängender Strafsachen aufstellt. Eine Nichtverbindung von Strafsachen aus § 237 stellt also keinen Mangel dar. Das Vorliegen eines Mangels in dem Prozedieren des AG. hängt also allein davon ab, ob, was das OLG. dahingestellt sein läßt, in einem Falle der vorl. Art § 375 StPO. anzuwenden war. Das kann aber nicht zweifelhaft sein. Nach dieser Vorschr. ist zunächst, wenn wegen derselben strafbaren Handlung mehrere Personen zur Privatklage berechtigt sind, bei der Ausübung dieses Rechtes ein jeder von dem anderen unabhängig; es ist hierbei nicht bloß an die Fälle gedacht, wo neben dem Verletzten noch eine andere Person zur Klage berechtigt ist, wie z. B. der Ehemann im Falle einer Beleidigung seiner Frau neben dieser (§ 374 Abs. 3), vielmehr auch an die Fälle, in denen, wie im vorliegenden, zwei Personen durch ein und dieselbe Handlung verletzt sind (A. sagt zu B. und C.: Ihr Lumpen). Hat aber einer der Berechtigten eimal die Klage erhoben, so kann nach § 375 der andere keine selbständige Klage mehr erheben, es steht ihm vielmehr nur der Beitritt zu dem auf die Klage des anderen eingeleiteten Verf. in der jeweiligen Lage zu. Während also dann, wenn der eine Berechtigte früher mit Klage vorgegangen ist als der andere, nur die Tatsache dieses früheren Vorgehens dafür entscheidend ist, daß der andere Berechtigte lediglich darauf angewiesen ist, sich dem Vorgänger anzuschließen, hat das Ges. den Fall, daß beide Berechtigte gleichzeitig Klage erhoben haben, nicht ausdrücklich geregelt. Eine gleichzeitige Erhebung wird man dann annehmen müssen, wenn beide Klagen am selben Tage bei Gericht eingehen. Ein solcher Fall wird nach denselben Grundsätzen zu behandeln sein, wie sie das RG. (RG. 55, 186) anwendet, wenn ein und dieselbe Sache bei verschiedenen Gerichten anhängig wird: Dann steht die Entsch. dem Gerichte zu, vor dem die Untersuchung zuerst eröffnet worden ist. So muß auch für die Frage der Akzessorietät i. S. des § 375 entscheidend sein, auf wessen Klage zuerst das Hauptverf. eröffnet worden ist (Urt. des KG. v. 3. Dez. 1928, 4 V 244/28). Im vorl. Falle ist demnach als das Verf., das zuerst eingeleitet ist, das Verf. anzusehen, in dem der Eröffnungsbeschluß zwei Tage früher erlassen worden ist. Folglich konnte die Klagerhebung des Privatkl., auf dessen Klage der zwei Tage später datierte Eröffnungsbeschluß ergangen ist, selbständige prozessuale Wirkungen als Klagerhebung nicht entfalten. Der Zweck der Vorschr. des § 375 ist der, den Beleidiger wegen ein und derselben Beleidigung, die sich entweder nur gegen eine Person gerichtet hat (Fall der beleidigten Ehefrau) oder die gleichzeitig mehrere verletzt hat, nicht mehreren gleichzeitigen oder aufeinanderfolgenden Untersuchungen auszusetzen. Die Tatsache, daß wegen derselben strafbaren Handlung bereits von einem der Berechtigten die Privatklage erhoben worden ist, stellt sich für das nachfolgende Verf. als Prozeßhindernis der Rechtshängigkeit dar. Anstatt dieses Hindernis von Amts wegen zu beachten, hat das AG. zwei parallel laufende Verf. durchgeführt. Das hat die Folge gehabt, daß die Angekl. anstatt nur mit einer Strafe belegt zu werden, wegen derselben Handlung zweimal bestraft worden ist. Wenn es nun einmal auch den zweiten Eröffnungsbeschluß erlassen hatte, mußte das AG. wenigstens in der Hauptverhandlung das zweite Verf. auf Kosten des zweiten Privatkl. einstellen. Da es dies nicht getan hat, hätte das LG. als BG. von der Befugnis Gebrauch machen können, die Sache unter Aufhebung des Urt. des AG. an dieses zur Entsch. zurückzuverweisen (§ 328 Abs. 2) oder es hätte seinerseits das Verf. auf die zweite Privatklage einstellen müssen. Es war aber, wie im Gegensatz zu der Meinung des RevG. anzunehmen ist, nicht zulässig, daß das LG. beide Sachen miteinander verband und ein einheitliches Urt. unter Herabsetzung der vom AG. auf 2×50 ℳ festgesetzten Strafe auf die Hälfte ergehen ließ.

Offenbar hat das LG. die „Verbindung“ der Sachen gar nicht unter dem prozessualen Gesichtspunkt des § 375 vorgenommen, sondern lediglich unter dem materiellen Gesichtspunkt der Tateinheit der dem Angekl. von den Privatkl. vorgeworfenen Delikte und des dadurch begründeten Zusammenhanges nach § 237 StPO. Eine solche Verbindung kam jedoch gar nicht in Frage, weil zwei selbständige, der Verbindung fähige Strafsachen nicht vorlagen. Die Vorschr. des § 375 geht der des § 237 unbedingt vor. Es ist hierbei gleichgültig, ob der zweite Kl. den Beitritt ausdrücklich erklärt oder nicht oder sogar — die Revisionsschrift legt hierauf Gewicht — auf selbständiger Bescheidung seiner Klage besteht. In allen Fällen ist seine Klage als Beitritt zu behandeln und das bisherige, auf sie eingeleitete besondere Verf. einzustellen. Man könnte hiergegen einwenden, daß ja durch die Prozedur des LG. tatsächlich derselbe Effekt erzielt worden sei, wie er sich aus der Anwendung des § 375 ergeben hätte: Die Vermeidung einer Doppelbestrafung des Angekl. So nimmt ja auch das OLG. an, daß der Angekl. durch das Prozedieren des LG. nicht „beschwert“ sei. In Wirklichkeit ist sehr wohl ein Beschwernis des Angekl. gegeben. Denn es ist nicht so sehr der Zweck des § 375, eine doppelte Bestrafung des Täters zu verhüten als vielmehr den Täter vor der Behelligung durch mehrere Verf. und den dadurch im Falle seiner Verurteilung ihm entstehenden Mehrkosten zu schützen. Dies Bestreben geht so weit, daß ein zweiter Berechtigter, der womöglich gar nicht erfahren hat, daß sein Leidensgenosse geklagt hat, und trotzdem den in der Sache ergehenden Freispruch gegen sich gelten lassen muß, mögen ihm auch bessere Beweismittel wie dem Erstkl. zur Verfügung stehen (§ 375 Abs. 3). Hätte das AG. richtig prozediert, so wären die durch das Verf. auf die zweite Klage verursachten Kosten nicht entstanden. Von diesen Kosten hätte das OLG. den Angekl. freistellen müssen. In Anwendung des § 6 GKG. wären die durch das unzulässige zweite Verf. in erster und zweiter Instanz veranlaßten besonderen Kosten niederzuschlagen gewesen.

KGR. Prof. Dr. Klee, Berlin.

Zu 8. Formal kann man alle Argumente des KG., die es übrigens großenteils nicht auf seine eigene Überzeugung, sondern auf die Autorität des RG. stützt, gelten lassen: § 205 sagt nicht ausdrücklich, daß der Ausfechtung des Zweikampfs eine Herausforderung vorausgehen müsse, wenngleich nicht abzusehen ist, wie ein Kampf auf andere Weise unter den Parteien sollte vereinbart werden können, was doch anerkanntermaßen zum Wesen des Zweikampfs gehört, weshalb denn auch Olshausen (Nr. 6 zu § 201) es als unbestritten hinstellt, daß einem jeden Zweikampf eine Herausforderung und deren Annahme als notwendige Vorbereitungshandlungen vorausgehen müssen; ein Motiv gibt das Ges. nicht an, wie es denn über-

bestimmung des Zweikampfes. Da jedoch für seinen Begriff im allg. das Motiv der Gegner nicht entscheidend ist, hätte eine dahingehende Beschränkung ausdrücklich erfolgen müssen, wenn der Zweikampf nur anläßlich eines Ehrenhandels bestraft werden sollte. Es ist auch unzutreffend, daß ein ernstl. Kampf bei der heutigen Bestimmungsmensur nicht vorliegen könne, weil es den Kämpfern nicht auf die Verletzung des Gegners, sondern auf die eigene Geistesgegenwart und die Überwindung der Anstrengungen der über eine gewisse Anzahl von Gängen gehenden Partie ankomme. Da ein Motiv zum Begriff des Zweikampfes nicht gehört, wird seine Ernstlichkeit nicht durch das Fehlen der Verletzungs- oder Tötungsabsicht ausgeschlossen. Sie liegt schon dann vor, wenn der eine den andern so angreift, daß er getötet oder verletzt werden kann, und wenn dieser Erfolg als möglich gebilligt ist (LpzKomm., 4. Aufl., § 205 Nr. 2). Diese Kenntnis und Billigung liegt auch bei Gegnern vor, die unter sportl. Gesichtspunkten eine Bestimmungsmensur austragen. Im Schrifttum wird unzutreffend die Ansicht vertreten, daß es dafür, ob eine Waffe tödlich ist, lediglich darauf ankomme, ob nach der Art ihrer Anwendung im konkreten Fall die Gefahr einer Tötung besteht. Nach ständiger Rspr. des RG. (RGSt. 8, 89; 60, 257; 63, 6; 64, 143) kommt es jedoch nur auf die Beschaffenheit der Waffe an sich an; sie hört nicht auf, tödlich zu sein, wenn Schutzmaßnahmen getroffen sind, die die Gefahr einer Tötung nach Möglichkeit ausschließen. Zwar hat das RG. in den PlenEntsch. RGSt. 8, 89 und 60, 257 bei seiner Auffassung von der Bestimmungsmensur als eines Zweikampfes mit tödl. Waffen erwogen, daß sonst die Verletzungen als Körperverletzung zu betrachten und nach §§ 223a ff. StGB. zu ahnden wären, was nicht annehmbar erscheine. Dieser Gesichtspunkt würde jetzt entfallen, da das RG. seinen ablehnenden Standpunkt zu dem Einflusse der Einwilligung des Verletzten auf die Widerrechtlichkeit der Körperverletzung aufgegeben hat. Jedoch ist die angeführte Erwägung der PlenEntsch. nicht ausschlaggebend gewesen, sondern hat nur die Bedeutung einer Hilfserwägung. Ihre entscheidenden Erwägungen rechtfertigen nach wie vor die Meinung des RG.

(KG., 2. StrSen., Urt. v. 4. Nov. 1931, 2 S 517/31.)

Mitgeteilt von KGR. Körner, Berlin.

*

Dresden.

9. §§ 185, 193 StGB.; § 264 StPO. **Beleidigung durch Wegweisung von der Wohnung, den Zuruf „raus“ und die Äußerung, das Dienstmädchen solle den Vorsprechenden hinunterschaffen. Inwieweit bestimmt bei Beleidigungen der Inhalt des Eröffnungsbeschlusses den Umfang des Urteilsstoffes?†)**

Es ist festgestellt, daß der Angekl., als der Privatkl. Sch. an der Tür von dessen Wohnung klingelte und seinen Unwillen über geräuschvolles Hantieren in dieser Wohnung zum Ausdrucke brachte, zunächst seinem Dienstmädchen, das die Tür geöffnet hatte, die Worte: „Elsa, schaffen Sie 'mal Herrn Sch. 'runter!“ und im Anschluß hieran dem Privatkl. persönlich die Äußerung: „Raus! Betreten Sie meine Wohnung nicht, die Wohnung habe ich gemietet!“ zugerufen hat.

Das LG. hat den Zuruf des Angekl. an sein Dienstmädchen bei der Entsch. über die Schuldfrage aus dem Grunde nicht mit in Betracht gezogen, weil derselbe nicht Gegenstand der Privatklage und des

---

haupt sich jeder Begriffsbestimmung des Zweikampfs enthält und damit auf diejenigen Merkmale abhebt, die nach unseren Kulturanschauungen einen Zweikampf auszeichnen; auch die Paukanten einer Bestimmungsmensur sind sich dessen bewußt, daß sie den Gegner verletzen können und willigen in diesen Erfolg ein, so daß der Verletzungsvorsatz und damit die Ernstlichkeit des Kampfes in diesem Sinne nicht wohl geleugnet werden kann; das Merkmal der Tödlichkeit der Waffen läßt sich rein logisch unzweifelhaft im abstrakten Sinne auffassen, wonach es genügt, daß sie an sich geeignet sind, unter Umständen den Tod herbeizuführen, auf die Art ihrer Verwendung aber nichts ankommt. Mit alledem ist aber noch keineswegs bewiesen, daß die Judikatur, wonach Bestimmungsmensuren strafbare Zweikämpfe darstellen, den Willen des Ges. verkörpert.

Es gibt, nachdem die sakrale Bedeutung des Delikts keine Geltung mehr beanspruchen kann, nur noch zwei Gesichtspunkte, unter denen die Strafbedrohung des Zweikampfs sich rechtfertigen läßt: die Unzulässigkeit der Eigenmacht bei Verteidigung der Ehre und die Strafwürdigkeit der Gefährdung von Leben und Gesundheit: Auf dieser durchaus vernünftigen Erwägung beruhten die Vorschläge der Regierungsvorlage vom Jahre 1927, wonach der Zweikampf mit Waffen strafbar sein sollte dann, wenn durch ihn ein Ehrenhandel ausgetragen werden soll, und dann, wenn er ausgetragen wird unter Bedingungen, mit denen eine Lebensgefahr oder die Gefahr eines erhebl. Schadens für die Gesundheit regelmäßig verbunden ist. Damit wird klargestellt, sagt die Begründung, daß der Zweikampf immer dann strafbar ist, wenn er den vom Gesetzgeber verpönten Zweck verfolgt, einen Ehrenhandel mit Waffen zum Austrag zu bringen, und daß Straflosigkeit nur in den Fällen eintritt, in denen der Zweikampf andere, also sportl. Ziele verfolgt, daß aber das Fechten zu sportl. Zwecken nur dann von Strafe verschont bleibt, wenn es unter Bedingungen geschieht, mit denen eine Lebensgefährdung oder die Gefahr einer erhebl. Gesundheitsbeschädigung nicht verbunden ist.

Die Strafrechtsreform hat schon in so mancher Hinsicht die Judikatur auch dort beeinflußt, wo der Wortlaut des Ges. größere Hindernisse bereitet. Ich erinnere an die bekannten Entsch. des RG. zu § 193 und zu § 266; ich verweise vor allem auf das mutige Vorgehen des BayObLG. in der Frage der Beachtlichkeit des Rechtsirrtums (HöchstRRspr. I, 200, 348). Solchen Mut lassen in der Behandlung der studentischen Schlägermensur alle beteiligten Instanzen vermissen: Polizei und Staatsanwaltschaft, wenn es sich um die Strafverfolgung, die Gerichte, wenn es sich um die Aburteilung einer ausnahmsweise unter Anklage gestellten Paukerei handelt. Und doch wird niemand leugnen können, daß es möglich und daß es sinnvoll wäre, dem Ges. schon heute die Auslegung zu geben, welche die RTVorlage ihm ausdrücklich garantieren wollte; und daß ein dringendes Bedürfnis besteht, aus dem beschämenden Zustand herauszukommen, in dem seit der PlenEntsch. v. 6. März 1883 die strafrechtl. Behandlung der Schlägermensuren sich befindet.

Daß das KG. wenigstens das in sich so völlig unschlüssige Hilfsargument hat fallen lassen, das sich in beiden PlenEntsch. des RG. findet, wonach die Verneinung der Strafbarkeit der Mensur unter dem Gesichtspunkt des Zweikampfs die Bestrafung der dabei erfolgenden Tötungen oder Körperverletzungen gem. den §§ 211 ff., 223 ff. zur Folge haben müßte, ist auf alle Fälle erfreulich, wenngleich die Begründung den springenden Punkt verfehlt. Ich wiederhole, was ich darüber in der DJZ. 1926, 1367 gesagt habe: Verletzungen, die im Zweikampf zugefügt werden, sind nur dann strafbar, wenn sie mittels vorsätzl. Übertretung der vereinbarten oder hergebrachten Regeln bewirkt worden sind (§ 207). Sonst sind sie implizite für straflos erklärt worden. Den Zweikampf selber aber hat der Gesetzgeber wiederum nur für den Fall mit Strafe bedroht, daß er mit tödl. Waffen ausgefochten wird. Sonst ist auch er straflos. Daß aber die Straflosigkeit der im Zweikampf zugefügten Verletzungen in Abhängigkeit stünde von der Strafbarkeit des Zweikampfes, ist eine durch nichts gerechtfertigte Unterstellung des höchsten Gerichtshofs.

Prof. Dr. Graf zu Dohna, Bonn.

Zu 9. I. Das LG. hatte den Zuruf des Angekl. an sein Dienstmädchen: „Schaffen Sie 'mal Herrn Sch. 'runter“ bei seiner Entsch. außer acht gelassen, weil er nicht Gegenstand der Klage und des Eröffnungsbeschl. gewesen sei. Das OLG. beanstandet dies, weil dieser Zuruf zu dem im Eröffnungsbeschl. bezeichneten Lebensvorgang gehöre und das Gericht nach § 264 StPO. verpflichtet sei, den Gesamtvorgang, wie er sich in der Hauptverhandlung ergebe, seinem Urt. zugrunde zu legen. Tatsächlich kam für den Umfang des Strafverfahrens keineswegs bloß der Inhalt des Eröffnungsbeschl. in Betracht. § 264 StPO. kann nur insoweit Anwendung finden, als die zur Anklage stehende Tat überhaupt gerichtlich verfolgbar ist. Deshalb muß bei Antragsdelikten immer zunächst geprüft werden, ob und inwieweit die in der Hauptverhandlung festgestellte Handlungsweise des Angekl. von dem Strafantrag des Verletzten gedeckt ist. Das RG. hat zwar früher bei einer Mehrheit von beleidigenden Äußerungen die Unteilbarkeit des Strafantrags angenommen, dagegen in dem bekannten Stresemann-Prozeß seine Auffassung dahin geändert, daß eine Teilung des Strafantrags in persönlicher Hinsicht zwar ausgeschlossen sei, dagegen der Strafantrag sachlich auf einen Teil von mehreren gleichzeitig verwirklichten Angriffen beschränkt werden könne. Dieser grundlegenden Entsch. des 1. StrSen. (RGSt. 62, 83) hat sich der 2. StrSen. kurze Zeit danach angeschlossen: DRZ. 1928 Rspr. Nr. 647.

Im vorliegenden Falle war Gegenstand der Privatklage und des Eröffnungsbeschl. die Aufforderung des Angekl. an den Privatkl., zu gehen, und ferner die Drohung, daß er ihn sonst die Treppe hinabwerfen wolle. Der zweite Teil der Äußerung ist in der Hauptverhandlung nicht in dieser Form — Drohung eigenen Hinauswerfens — erwiesen worden, vielmehr nur dahin, daß der Angekl. an sein Dienstmädchen die Aufforderung richtete, es solle den Privatkläger „'runterschaffen“. Der zweite Teil der Äußerung war also von dem Strafantrag des Privatkl. mitumfaßt und konnte nicht nur, sondern mußte in der veränderten Gestaltung, in der er durch die Hauptverhandlung erwiesen wurde, zum Gegenstand der Aburteilung gemacht werden.

II. War es aber überhaupt geboten — selbst vom Standpunkt des RevG. aus —, sich mit diesem Teile der Kundgebung besonders zu befassen? Ein Auftrag an den Vorderrichter, diesen Teil mit zum Gegenstand des Urteils zu machen, konnte nur dann in Frage kommen, wenn sich mit der Äußerung überhaupt eine strafbare Beleidigung verbinden konnte. Eine sachlich-rechtliche Prüfung nach dieser Richtung läßt keine Bedenken aufkommen. Der Tatrichter könnte allerdings den Auftrag des Angekl. an das Dienstmädchen, Herrn Sch. 'runterzuschaffen, als eine strafbare Beleidigung feststellen. Schon der Umstand, daß der Angekl. den Privatkl. Sch. nicht persönlich abfertigte, könnte unter Umständen für die beleidigende Natur des Zurufs herangezogen werden: Mit Bettlern u. dgl. läßt sich die Herrschaft nicht persönlich ein, läßt sie vielmehr durch die Dienstboten

Eröffnungsbeschl. gewesen sei. Diese Auffassung entspricht nicht dem prozeßrechtlichen Sinne, der dem Begriffe der „Tat“ nach § 264 StPO. innewohnt. Unter „Tat“ versteht diese Gesetzesstelle das gesamte Tätigwerden des Betreffenden, das in unbeteiligten Dritten, die es mit natürlichem Auge betrachten, den Eindruck eines unmittelbar zusammengehörigen Lebensvorganges hervorruft (vgl. RGSt. 58, 116).

Daß bei dieser prozessualen Bedeutung des *Tat*begriffes jener Zuruf des Angekl. an sein Dienstmädchen zu dem im Eröffnungsbeschl. bezeichneten, durch die Ergebnisse der Berufungsverhandlung in seinen Einzelheiten näher hervorgetretenen Lebensvorgange gehörte, kann füglicherweise nicht in Frage gezogen werden. Er durfte daher nicht, wie geschehen, aus dem Gegenstande der Urteilsfindung ausgeschieden, vielmehr mußte der Gesamtvorgang zugrunde gelegt und dieser auf den aus seinem Zusammenhange sich etwa ergebenden strafrechtlichen Schuldgehalt geprüft werden (§ 264 StPO.).

Abgesehen von diesem Prozeßverstoße, gibt das Urt. insofern Anlaß zur Beanstandung, als das LG., obwohl von ihm als ehrverletzende Handlung des Angekl. lediglich das Wort „Raus!“, also ein Ausdruck zugrunde gelegt worden ist, bei dem sich die Mißachtung *ausschließlich durch die Form*, nicht durch eine Äußerung von *beleidigendem Inhalte* kundgab, die Anwendbarkeit des § 193 StGB. bejaht hat. Für Fälle solcher Art kommt diese Gesetzesbestimmung überhaupt nicht in Betracht, weil bei ihnen stets die Voraussetzung vorliegt, unter der die Bestimmung selbst ihre Anwendung ausschließt (vgl. RGSt. 60, 335).

Die StrK. wird sonach, wenn sie den auf der Grundlage der neuen Verhandlungsergebnisse festzustellenden *Gesamtvorgang* zum Gegenstand ihrer rechtlichen Beurteilung macht, die Frage einer besonderen Prüfung unterziehen müssen, ob die den Privatkl. betreffenden Äußerungen des Angekl. in ihrem Zusammenhange einen *gedanklichen Inhalt* ergeben, der in sich die Eignung besaß und mithin dazu bestimmt sein konnte, dem berechtigten Interesse des letzteren an Aufrechterhaltung seines Wohnungsfriedens zu dienen, oder ob auch in ihnen nichts weiteres als die *Form* einer wegwerfenden Behandlung zum Ausdruck kam. Je nachdem wird beanzeigt sein oder nicht, zur Frage der Anwendbarkeit von § 193 StGB. Stellung zu nehmen.

(OLG. Dresden, Urt. v. 10. Febr. 1931, 2 OSt 359/30.)

*

10. §§ 185, 193 StGB. *Straflosigkeit bei Zuruf: „Ihr meineidigen Schufte.“* †)

Der angeklagte Bürgermeister hat in der öffentlichen Gemeindeverordnetensitzung den hinausgehenden Privatkl. nachgerufen: „Ihr meineidigen Schufte!“

Die StrK. hat in dem Zurufe eine öffentlich begangene Beleidigung gefunden. Trotzdem ist sie aber zur Freisprechung gelangt in der Annahme, daß dem Angekl. der Schutz des § 193 StGB. zuzubilligen sei.

Ob und inwieweit der Angekl. mit dem von ihm erhobenen Vorwurfe des Meineids den Privatkl. gegenüber seine berechtigten Interessen wahrnehmen *wollte*, ob eine solche Willensrichtung für nachgewiesen angesehen werden konnte, war eine Frage tatrichterlicher Beweiswürdigung und deshalb der Nachprüfung des RevG. entzogen. Mit Recht ist im Urt. betont, daß die Anwendung des § 193 StGB. zugunsten des Angekl. grundsätzlich selbst dann nicht ausgeschlossen wäre, wenn dieser in dem *irrigen* Glauben an die Richtigkeit des von ihm erhobenen Vorwurfs gehandelt, also nur vermeintlich ein berechtigtes Interesse wahrnehmen zu müssen geglaubt hätte.

Die Entsch. darüber, ob das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter denen sie geschah, hervorgeht, ist im wesentlichen tatsächlicher Art. Wenn die StrK. unter eingehender Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse zu der Überzeugung gekommen ist, daß selbst der vom Angekl. gebrauchte Ausdruck „Schufte“, wennschon er gemeinhin als eine Beschimpfung zu gelten hat, noch nicht auf eine Absicht, zu beleidigen, schließen lasse, so ist dies *rechtlich* nicht zu beanstanden. Zutreffend wird im Urt. gesagt, daß der Gebrauch eines Schimpfwortes regelmäßig, jedoch nicht immer der auf Beleidigung gerichteten Absicht entspringt. In dieser Beziehung hat nun das BG.

---

abweisen. Der Auftrag an das Dienstmädchen enthält zwar zunächst nur einen sachlichen Befehl; wenn sich dieser aber nicht dahin beschränkt, das Mädchen solle dafür sorgen, daß Herr Sch. hinuntergehe, vielmehr lautete: „*Schaffen Sie Herrn Sch. 'runter*“, so kommt es darauf an, wie der Tatrichter diesen Auftrag auffaßt. Dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nach kann jemand nur dann etwas *fortschaffen*, wenn er den betreffenden Gegenstand angreift und fortträgt oder wegführt. Sollte das Dienstmädchen den Auftrag in diesem Sinne verstehen und ausführen, so konnte sich der Privatkl. mit Grund darüber beschwert fühlen, denn daß das Mädchen des Angekl. ihn berührte, brauchte er sich nicht gefallen zu lassen; zu solcher Maßregel hatte er keinen Grund gegeben.

III. Kann demnach der erste Teil der Äußerung unter Umständen eine Beleidigung darstellen, so bestehen jedoch hinsichtlich des zweiten Teiles erhebliche Bedenken. Das LG. hat sich ohne nähere Darlegung auf den Standpunkt gestellt, daß der Zuruf „'raus“ an sich eine strafbare Beleidigung darstelle, sich indessen eine Bestrafung im Hinblick auf § 193 StGB. verbiete, da aus der Form oder den Begleitumständen das Vorhandensein einer Beleidigung nicht zu entnehmen sei. Das OLG. dagegen meint, bei dem Worte „'raus“ habe sich die Mißachtung *ausschließlich* durch die *Form* kundgegeben. Mit dieser Annahme steht es im Widerspruch, wenn das OLG. in den weiteren Entscheidungsgründen dem LG. in der neuen Verhandlung die Prüfung zur Pflicht macht, ob die Äußerungen des Angekl. nicht einen *gedanklichen* Inhalt ergeben, der in sich die Eignung besaß, dem berechtigten Interesse des Angekl. an der Aufrechterhaltung seines Wohnungsfriedens zu dienen. In der Tat kann keine Rede davon sein, daß das Wort „'raus“ eine rein *formale* Beleidigung darstelle, also den Strafschutz des § 193 StGB. ausschließe. Daß das Wort „'raus“ einen *gedanklichen* Inhalt hat, ist nicht zu bestreiten, ist es doch die gebräuchliche, wenn auch kurze und grobe Form, in der jemand einen anderen auffordert, sich zu entfernen. Ein unhöfliches oder gar grobes Verhalten erfüllt aber noch keineswegs den Tatbestand der Beleidigung; denn niemand hat einen Anspruch auf höfliche Behandlung. Der Angekl. konnte vom Privatkl., von dem er sich belästigt fühlte, verlangen, daß er Ruhe halte und konnte ihn deshalb auffordern, sich zu entfernen und hinunterzugehen. Wollte er sich auf weitere Auseinandersetzungen nicht einlassen, so konnte er seinen Willen auch durch das kurze Wort „'raus“, das die Sprache für solche Fälle geschaffen hat, ausdrücken. In der in *sachliche* Form irgendwelcher Art gekleideten Aufforderung an jemand, zu gehen, kann an sich eine Beleidigung nur in seltenen Ausnahmefällen liegen (vgl. hierüber *Kiesel*, Rspr. des RG. usw. zu § 193 StGB., 3. Aufl., S. 73, 74). Im Regelfalle, so auch hier, wird das Geheiß, zu gehen, durch das dem Auffordernden zustehende Hausrecht gedeckt. Es hätte daher im vorliegenden Fälle der Heranziehung des § 193 StGB. nicht bedurft, um diese Äußerung des Angekl. als straflos zu erklären.

OStA. Dr. *Alfred Weber*, Dresden.

Zu 10. Das Urteil ist interessant, weil es zeigt, zu welch' unbefriedigenden Ergebnissen die für die Auslegung des § 193 StGB. herrschende Rspr. führen kann. Im allgemeinen wird man kaum einen Zweifel darüber hegen, daß der Zuruf: „Ihr meineidigen Schufte“ die Bestrafung wegen Beleidigung herbeiführen muß. Im vorliegenden Falle gesteht der Tatrichter auch selbst ein, daß die gebrauchten Worte gemeinhin als Beschimpfung gelten. Gleichwohl gelangt er zur Freisprechung, weil der Angekl. „die von ihm gewählte Form zur Wahrung seiner Interessen für nötig gehalten und ihm die Beleidigungsabsicht gefehlt habe“. Das RevG. sieht die getroffene Entsch. im wesentlichen auf dem *Tatsachen*gebiete und findet zu rechtlicher Beanstandung keinen Anlaß.

Im allgemeinen wird davon auszugehen sein, daß, auch wenn die Voraussetzungen des § 193 StGB. gegeben sind, der Gebrauch von Schimpfworten nicht zulässig ist. Freilich muß, wenn eine Formverletzung festzustellen ist, eine Bestrafung wegen Beleidigung nach § 193 StGB. Schlußteil nicht unter allen Umständen erfolgen; vielmehr *kann* nur — aber muß nicht — aus der formalen Entgleisung auf das Vorhandensein einer Beleidigung geschlossen werden. Liegt es demnach beim Tatrichter, ob er der Formverletzung einen Beweisgrund für das Vorhandensein einer strafbaren Beleidigung entnehmen will (vgl. RGSt. 40, 317), so ist dies doch nicht so zu verstehen, als ob das Gericht nach seinem Belieben auf eine Strafe zukommen oder von solcher absehen könnte. Um hier dem Vorwurf reiner Willkür zu entgehen, wird sich das Gericht stets über die Gründe auszusprechen haben, die es trotz Vorliegens einer formalen Beleidigung von einer Verurteilung abhielten. Im vorliegenden Falle hat der Tatrichter nach dieser Richtung eine Reihe von Umständen angeführt. Sollen die tatsächlichen Feststellungen vom RevG. beachtet werden, so müssen sie, um bei der Nachprüfung die Vermutung eines dabei unterlaufenen Rechtsirrtums nicht aufkommen zu lassen, so gestaltet sein, daß sie auch tatsächlich das beweisen, was mit ihnen dargetan werden sollte. In dieser Hinsicht ist die Urteilsbegründung des LG. nicht geglückt. Denn wenn das LG. dem Angekl., einem Bürgermeister, das Zeugnis ausstellt, er verfüge über gute Umgangsformen, so wird man von ihm erwarten, daß er Ausdrücke wie „meineidige Schufte“ vermeide oder sich doch über ihre beschimpfende Natur im klaren sei. Stellt das Gericht gleichwohl im Hinblick auf die Erregung des Angekl. und auf seine Gewohnheit, sich in seinen Kreisen derb auszudrücken, das Vorhandensein einer strafbaren Handlung nicht fest, so vermag das zu überzeugen, soweit es sich um das Wort „meineidig“ handelt. Dagegen fehlt der Feststellung die überzeugende Kraft hinsichtlich des Ausdrucks „Schuft“. Warum der Angekl., wenn er den Privatkl. einen alten Meineid vorwarf und vor einem neuen Meineid warnte, glauben konnte, die Privatkl. auch noch als „Schufte“ bezeichnen zu müssen, leuchtet nicht ein. Dies veranlaßt aber dazu, die Richtigkeit des Ausgangspunktes der ganzen zu § 193 StGB. gebrachten Erörterung nochmals nachzuprüfen. Die Feststellungen des Tat-

erwogen, daß der Angekl. durch den Zuruf des Privatkl. gereizt und in starke Erregung geraten war, daß er von Natur aus ein leicht erregbarer Mensch ist, der vor allem, wenn er gereizt wird, leicht die Fassung verliert, daß sein Bildungsgrad kein hoher ist und daß selbst eine grobe Ausdrucksweise unter den Verhältnissen, in denen er lebte, von den Beteiligten meist nicht so stark gewertet wird. Durch diese Erwägungen wird die Annahme des Urt., daß der Angekl. die von ihm gewählte Form zur Wahrung seiner berechtigten Interessen **für nötig gehalten** hat und daß er sich zum mindesten **nicht bewußt** gewesen ist, mit seiner Äußerung über die Grenzen zulässiger Interessenwahrnehmung hinauszugehen, ausreichend gestützt.

(OLG. Dresden, Urt. v. 29. Okt. 1930, 1 OSt 232/30.)

*

Jena.

11. § 79 StGB. **Der Angekl. ist nicht beschwert, wenn der Richter die Gesamtstrafenbildung unterlassen hat.** †)

Die Rev. rügt Verletzung des § 79 StGB. Der Angekl. war am 3./10. Dez. 1930 wegen mehrerer im Sommer 1930 begangener Taten rechtskräftig zu einer Gesamtstrafe von 2 Jahren 6 Monaten Gefängnis verurteilt worden, die er seit 3. Dez. 1930 verbüßt. Nunmehr ist er wegen weiterer, ebenfalls im Sommer 1930 begangener Taten in zwei miteinander nicht verbundenen Verfahren durch Urt. der FerStrK. I in Gotha v. 1. Sept. 1931 je zu Zuchthausstrafen verurteilt worden. Eine Gesamtstrafe mit der früher erkannten Gefängnisstrafe ist in keinem Falle gebildet worden. Dadurch ist § 79 StGB. in dem zuerst gefällten Urt. verletzt worden, während bei dem weiteren Urt. der Mangel der Rechtskraft des ersten Urt. einer Gesamtstrafenbildung entgegenstand. Ob die StrK. das Urt. in dieser Sache an erster oder zweiter Stelle gefällt hat, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Weitere Nachforschungen in dieser Richtung erübrigten sich jedoch, da der Senat, im Gegensatz zu der auch in einer neueren Entsch. (RGSt. 64, 413) festgehaltenen Rspr. des RG., die Aufhebung des Urt. wegen dieses Verstoßes nicht für geboten hält. Denn der Angekl. ist durch ihn nicht beschwert, da die Bildung der Gesamtstrafe nach Eintritt der Rechtskraft gem. § 460 StPO. erfolgen kann und muß. Die Zulässigkeit der nachträglichen Bildung einer Gesamtstrafe wird allerdings im Anschluß an die Motive für den Fall bezweifelt, daß sie vermöge einer unrichtigen Auffassung der strafrechtlichen Vorschr. unterblieben sei. Dann liege ein Rechtsirrtum des Richters vor, dem nur durch Rev. abzuhelfen sei, der aber die Anfechtung oder Abänderung eines rechtskräftig gewordenen Urt. nicht begründen könne. Wenn dies die Ansicht des Gesetzgebers gewesen ist, so hat sie jedenfalls im Gesetz keinen Ausdruck gefunden. Sie kann auch nicht auf Grund allg. Erwägungen in das Gesetz hineingelesen werden. § 460 StPO. bedeutet eine Beschränkung des Grundsatzes der Rechtskraft, soweit die Gesamtstrafenbildung in Frage steht. Das Verfahren nach § 460 StPO. hat lediglich zur Voraussetzung, daß die Vorschr. über die Zuerkennung einer Gesamtstrafe „außer Betracht geblieben" sind. Das Gesetz unterscheidet nicht, ob dies infolge eines tatsächlichen oder rechtlichen Irrtums geschehen ist. An sich tritt aber in beiden Fällen die Rechtskraft des Ausspruchs über die Einzelstrafe und die Unterlassung der Bildung einer Gesamtstrafe in gleicher Weise ein. Der Umstand, daß, soweit das Rechtsmittel der Rev. in Frage steht, rechtliche Irrtümer berichtigt werden können, tatsächliche dagegen nicht, rechtfertigt ihre verschiedene Behandlung im Verfahren nach § 460 StPO. nicht. Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob etwa der nach § 462 StPO. zuständige Richter an das Urt. des erk. Gerichts dann gebunden ist, wenn dieses die Festsetzung einer Gesamtstrafe ausdrücklich ablehnt. Vorliegendenfalls übergeht das Urt. die Frage mit Stillschweigen. Auch wenn das rechtsirrtümlich erfolgt ist, ist auf Grund der §§ 460 ff. eine Gesamtstrafe zu bilden.

Durch dieses Verf. wird der Angekl. auch nicht benachteiligt. Er hat kein berechtigtes Interesse daran, daß die Gesamtstrafenbildung durch das erk. Gericht statt im Strafvollstreckungsverfahren erfolgt. Das nach § 462 StPO. zuständige Gericht hat insoweit die gleichen rechtlichen Befugnisse wie das erk. Gericht. Das Verfahren vor jenem bietet auch für den Angekl. den einfachsten Weg, die Gesamtstrafenbildung zu erreichen. Sie erspart ihm Kosten und Zeitverlust, die bei einer Anrufung des RevG. und — nach Aufhebung des Urt. — durch die erneute Hauptverhandlung vor der StrK. entstehen. Gerade dieser Zeitverlust kann sich aber auch rechtlich zum Nachteil des Angekl. auswirken, wenn er, wie hier, bereits eine Gefängnisstrafe verbüßt, die in Zuchthausstrafe umgewandelt werden muß, oder er sich in Untersuchungshaft befindet.

(OLG. Jena, 2. StrSen., Urt. v. 20. Nov. 1931, S 360, 361/31.)

Mitgeteilt von OLGR. Dr. **Rittweger**, Jena.

*

---

richters werden damit keineswegs mißachtet. Wenn die sich aus ihnen ergebenden Schlußfolgerungen ein unbefriedigendes Ergebnis liefern, so muß sich das Gericht zu der Untersuchung verpflichtet fühlen, ob es nicht auf Grund eines unrichtigen Verfahrens zu seinen Feststellungen gelangt ist. Auf Grund solcher rückschauenden Prüfung wird sich der Tatrichter bei dem Beleidigungsvergehen nicht gar selten **nachträglich** dazu bekennen, daß seine Annahme, die beanstandete Äußerung sei zwecks Wahrnehmung berechtigter Interessen getan, irrig war. Unterließ das LG. im vorliegenden Falle eine derartige Kontrolle, so ist das RevG. deswegen nicht gehindert, sie seinerseits vorzunehmen.

Die StrK. hatte zwar dem Angekl. geglaubt, daß er sich mit den von ihm gebrauchten Worten gegen die Privatkl. habe schützen wollen. Daher stellt sie fest: „Sein Wille war ernstlich auf die Geltendmachung seines Interesses gerichtet." Indessen kann doch hier die schablonenhafte Verwendung einer zur Feststellung der Interessenwahrung üblichen Redewendung unmöglich genügen. Meinte der Angekl., daß die Privatkl. zu seinen Ungunsten in einem früheren Prozeß einen Falscheid geleistet hatten, und befürchtete er, daß sich diese Eidesleistung in einem weiteren Verfahren wiederholen werde, so konnte sein Interesse nur dahin gehen, den Privatkl. klarzumachen, daß er ihre früheren Eide als falsch ansehe und bei Wiederholung solcher Aussagen denselben Standpunkt einnehmen werde. Für den Angekl. konnte es daher geboten erscheinen, die Privatkl. zu warnen, nochmals in demselben Sinne auszusagen. Tat er dies, so hätte er sich unzweifelhaft in dem Rahmen berechtigter Interessen gehalten. Wenn er statt dessen aber den Privatkl. zurief: „**Ihr meineidigen Schufte**", so ist in keiner Weise verständlich, inwiefern der Angekl. durch diese grobe Beschimpfung den von ihm angeblich verfolgten Zweck, seine Interessen zu schützen, hätte erreichen können. Vertrat der Tatrichter einen anderen Standpunkt, so hätte er darlegen müssen, inwiefern hier ein Interessenschutz in Frage kommen konnte. War ein solcher Nachweis nicht zu führen, so wäre es geboten gewesen, den von dem Angekl. in Anspruch genommenen Zweck der Interessenwahrnehmung zu verneinen.

Weil das angefochtene Urt. eine schlüssige Auseinandersetzung über die — auch nur im Bewußtsein des Angekl. bestehende — Notwendigkeit zum Gebrauch des Ausdrucks „Schufte" nicht enthält, wäre m. E. eine Aufhebung des Urt. und eine Zurückverweisung zur Ausfüllung der bezeichneten Lücke geboten gewesen.

OStA. Dr. **Alfred Weber**, Dresden.

Zu 11. Es ist nicht alltäglich, daß sich ein OLG. bewußt zur ständ. Rspr. des RG. in Widerspruch setzt. Schon aus diesem Grunde ist das Urt. bedeutungsvoll.

Dem OLG. Jena muß darin recht gegeben werden, daß in § 460 StPO. ein ausdrücklicher Unterschied zwischen **rechtsirrtümlicher** und „tatsächlicher" Nichtanwendung des § 79 nicht gemacht wird. Die Wendung „außer Betracht bleiben" ist so allgemeiner Art, daß — soweit **diese** Vorschr. in Frage kommt — das Nachverfahren ausnahmslos in **jedem Falle** Platz greifen müßte, in welchem die Bildung einer Gesamtstrafe aus welchen Gründen nur immer unterblieb.

Die Frage ist nur, ob nicht § 337 StPO. das Anwendungsgebiet des § 460 einschränkt; m. a. W. ob die Best. über Rev. denjenigen über das Nachverfahren vorgehen, oder ob § 460 gegenüber § 337 die speziellere Vorschr. darstellt.

Die Fassung RGSt. 64, 414 ist nicht sehr glücklich. Es wird dort nur als „**zweifelhaft**" bezeichnet, „ob es zulässig sei, die Bildung der Gesamtstrafe dem Verfahren nach § 460 StPO. zu überlassen, wenn möglicherweise die Unterlassung der Gesamtstrafenbildung gegen § 79 StGB. verstoßen hat".

Obwohl die Jenaer Entsch. viel Bestechendes für sich hat, muß m. E. doch an der Auffassung des RG. festgehalten werden. Das Nachverfahren greift lediglich dann Platz, wenn in gesetzlich **zulässiger Weise** die Gesamtstrafenbildung **zunächst** außer Betracht geblieben ist, wenn es sich i. S. von RGSt. 34, 268 um einen derjenigen Fälle handelt, „in denen eine sofortige Entsch. gem. § 79 auf Grund der dem erk. Gerichte vorl. Unterlagen nicht angängig erscheint, die in § (492) 460 StPO. vorgesehene Nachtragsentsch. das vom Gesetz gewollte Ersatzmittel bildet".

Liegt aber eine **Verletzung** des § 79 vor, war m. a. W. das erk. Gericht von Gesetzes wegen verpflichtet, die Gesamtstrafenbildung **selbst** durchzuführen, und ist es aus Rechtsirrtum dieser Pflicht nicht nachgekommen, so ist für die Anwendung des § 460 StPO. kein Raum. Vielmehr hat die **höhere** Instanz in solchem Falle die Gesetzesverletzung zu korrigieren. Die **gleiche** Instanz würde — wie RGSt. 64, 414 mit Recht ausführt — die im Urt. aus Rechtsgründen unterlassene Gesamtstrafenbildung auch im Verfahren nach § 460 StPO. mit großer Wahrscheinlichkeit wieder ablehnen.

Der Gesichtspunkt der Jenaer Entsch., das Nachtragsverfahren sei der einfachste Weg und erspare Kosten und Zeitverlust, kann gegenüber dem Grundsatz, daß Rechtsirrtümer nicht vom gleichen Gericht, sondern vom RevG. zu prüfen sind, nicht durchschlagen. Im übrigen ist eine erneute Hauptverhandlung vor der StrK. dann, wenn die Unterlassung der Gesamtstrafenbildung der einzige RevGrund ist, meistens im Hinblick auf § 354 Abs. 1 StPO. entbehrlich, wie der Fall RGSt. 64, 414 beweist.

RA. Dr. G. v. **Scanzoni**, München.

Karlsruhe.

12. § 68 StGB. **Eine von einer nichtbestehenden Instanz vorgenommene Handlung ist keine vom — gesetzlich eingesetzten — Richter gegen den Täter gerichtete; sie unterbricht also auch nicht die Verjährung.** †)

Durch Urt. des AG. F. v. 10. Febr. 1931 wurde der Angekl. B. wegen zweier Übertretungen zu Geldstrafen verurteilt. Noch am 16. März 1931 verfügte das AG. nach eingelegter begründeter Rev., daß die Akten der StA. vorzulegen seien. Zugleich mit B. waren noch weitere Personen aber wegen Vergehens angeklagt und verurteilt worden. Sie legten Berufung ein. Die gesamten Akten gelangten daraufhin an das LG. F. Der Vorsitzende der StrK. sah die Rev. des Angekl. B. irrtümlich als eine Sprungrev. i. S. des § 335 Abs. 2 StPO. an und bestimmte mit Vfg. v. 10. April 1931 Termin zur Hauptverhandlung über die Berufungen der Mitverurteilten, zugleich aber auch über die Rev. des B. gem. § 335 Abs. 3 StPO. auf 15. Mai 1931. Am 2. Mai 1931 wurde die Ladung weiterer Zeugen angeordnet. In der Hauptverhandlung vor der StrK. am 15. Mai 1931 wurde der Irrtum erkannt und B. nur als Auskunftsperson angehört; auch ein Urt. erging nicht gegen ihn. Die Rev. des B. wurde von der StA. nun gem. § 347 Abs. 2 StPO. am 29. Juli 1931 dem OLG. vorgelegt, und dieses bestimmte am 1. Aug. 1931 Termin. Kein Zweifel besteht, daß durch diese Vfg. die Verjährung der Verfolgung der Übertretungen des B. nach § 68 StGB. unterbrochen worden wäre, wenn sie nicht bereits eingetreten war. Zu dieser Frage gilt folgendes: Die letzte, unzweifelhaft die Verjährung unterbrechende Vfg. war jene des AG. F. v. 16. März 1931. Am 1. Aug. war also Verjährung längst eingetreten (§ 67 StGB.), wenn nicht die Vfg. des Vorsitzenden der StrK. F. vom 10. April 1931 und 2. Mai 1931 die Verjährung gem. § 68 StGB. unterbrochen haben. Diese Frage ist aber zu verneinen.

Nach § 68 StGB. unterbricht jede Handlung des Richters, die wegen der begangenen Tat gegen den Täter gerichtet ist, die Verjährung. Dabei ist es nach herrsch. Lehre gleichgültig, ob der Richter im Einzelfall örtlich oder sachlich zuständig war (Frank, II, 1 zu § 68; LpzKomm. 2 zu § 68; Olshausen, § 68 Anm. 17, z. B. auch HöchstRRspr. 3, 240 u. a. RG.). Nur muß die richterl. Handl. an sich zulässig, sie muß von einem gesetzlich vorgesehenen Instanzrichter erlassen sein. Dies trifft vorliegendenfalls für die Vfg. des Vorsitzenden der StrK. v. 10. April und 2. Mai 1931 nicht zu. Dem Angekl. B. stand gegen das Urt. des AG. nach § 334 StPO. lediglich das Rechtsmittel der Rev. zu. Auf diese Rev. findet die Vorschr. des § 335 Abs. 3 StPO. keine Anwendung; sie gilt nur für die Sprungrev. i. S. des § 335 Abs. 2 StPO. Die Rev. war vom AG. danach gem. § 346 f. StPO. zu behandeln, und wenn sie die Rev. als in Ordnung erwies, sofort dem OLG. vorzulegen (§ 121 Abs. 1a GVG.). Irgendeine Möglichkeit, sich mit dieser Übertretungssache zu befassen, war weder für das LG. F. noch ein anderes LG. gegeben; kein LG. hatte mit der Rev. des B. etwas zu tun. Die LG. sind im Fall des § 313 StPO. aus dem Instanzenzug ganz ausgeschaltet, sie sind hierfür gar nicht vorhanden, so daß eine Tätigkeit des LG. überhaupt nicht zulässig war.

Es handelt sich hier nicht um eine Frage der sachl. Zuständigkeit, nicht um die Frage, welche Art der Gerichte der gleichen Instanz (AR., kleines, großes SchöffG. oder SchwG.) oder welche von mehreren gesetzlich vorgesehenen Instanzen nach der Gerichtsverf. zur Behandlung berufen ist. Hier ist vielmehr die Sache die, daß eine bestimmte Art von Gericht — hier LG. als kleine oder große StrK. — vom Gesetzgeber für das Verf., bei dem wegen einer Übertretung auf Freisprechung oder nur auf eine Geldstrafe erkannt ist, aus dem Instanzenzug ganz ausgeschaltet, daß also grundsätzlich ein Tätigwerden eines LG. bei diesem Verf. ganz ausgeschlossen ist. Der Gesetzgeber kennt für die Fälle des § 313 StPO. ein BG., ein LG. überhaupt nicht. Die Sache liegt nicht anders, wi ewenn etwa das Gesetz eine Berufung für keine Deliktsart, also BG. überhaupt nicht kennen würde, somit die LG. als BG. nie tätig werden könnten. Alsdann wären sie — von ihrer erstinstanzl. Tätigkeit als Strafgerichte abgesehen — überhaupt keine Strafinstanzgerichte. Die Wirkung einer gegen ein amtsgerichtl. Strafurt. eingelegten Rev. könnte also in Auswirkung des Devolutiveffektes nie zu einer gesetzl. Befugnis des LG., in höherer Instanz tätig zu werden, führen. Trotzdem vom LG. in höherer Strafinstanz vorgenommene Akte wären gerade so absolut unwirksam, wie wenn sie von einer sonstigen hierzu nicht befugten Stelle, z. B. — was anerkannten Rechtens ist —, von einem Zivilrichter ausgehen. Ist das für den Fall richtig, wenn etwa das Gesetz allgemein für alle Strafsachen die Berufung ausgeschlossen hätte, dann ist nicht einzusehen, warum die Rechtslage eine andere sein sollte, wenn nur für eine bestimmte Art von Strafsachen, hier Übertretungen i. S. des § 313 StPO. mit dem Ausschluß der Berufung und damit der zweiten Tatsacheninstanz das LG. aus dem Instanzenzug ausgeschaltet und damit sein Tätigwerden gesetzlich ausgeschlossen ist. Es liegt nahe, z. B. auch an den Fall zu denken, daß etwa rechtlich bestimmte Straffälle dem ordentlichen Strafrichter schlechthin entzogen und Sondergerichten zur ausschließlichen Behandlung zugewiesen werden würden. Sowenig als-

---

Zu 12. Das OLG. leitet die Untauglichkeit der Vfg. des StrK-Vors. für Unterbrechung der Verjährung daraus her, daß die StrK. für Rev. keine „gesetzlich eingesetzten" Gerichte seien und insofern „nicht beständen" (also, um mit Wach zu sprechen, der „funktionellen Zuständigkeit" entbehrten), und ihr Handeln somit „absolut unwirksam" sei.

Hier taucht zunächst das Bedenken auf: ob sich die funktionelle Unzuständigkeit der StrK. ohne weiteres auf deren Vorsitzenden überträgt. Ist nicht die funktionelle Zuständigkeit des letzteren damit gegeben, daß es sich um die spezifischen Aufgaben eines Vorsitzenden (Terminsansatz usw.) in Beziehung auf dasjenige Kollegium, dem er zugehört, handelt? Man wende nicht ein, daß er doch, wenn das Kollegium funktionell unzuständig ist, den Terminsansatz und die sonstige Vorbereitung der Hauptverhandlung abzulehnen hat. Denn so richtig dies ist, so doch eben deshalb, weil er hierzu funktionell zuständig ist; wäre er dies nicht, so hätte er völlig passiv zu bleiben.

Ein zweiter Zweifel ist der, ob man so weit gehen kann, alle Akte, für die es an der funktionellen Zuständigkeit fehlt, schlechthin als ipso jure nichtig zu behandeln. Die strafprozeßrechtl. Nichtigkeitslehre ist, wie bekannt, noch heute insofern sehr streitig, als es sich um den der Nichtigkeit einzuräumenden Umfang handelt.

Ich möchte aber an dieser Stelle der Nichtigkeitsfrage nicht weiter nachgehen, sondern mit dem OLG. unterstellen, daß das Handeln des Vorsitzenden dasjenige war, was man absolut unwirksam zu nennen pflegt. Scheinbar ist damit die Rechtsauffassung des OLG., daß jene Handlungen des Vorsitzenden nicht imstande waren, die Verjährung zu unterbrechen, gerechtfertigt. In Wahrheit hat sich hier ein methodischer Fehler eingeschlichen. Er besteht in dem Glauben, man könne a priori eine „absolute" Unwirksamkeit einer Handlung i. S. einer „allseitigen", d. i. die Gesamtheit aller rechtl. Beziehungen umfassende Unwirksamkeit derart feststellen, daß sich dann logisch zwingend auch die Unwirksamkeit im Punkte der Unterbrechung der Verjährung ergebe. Dabei ist übersehen, daß die Behauptung, eine Handlung sei allseitig unwirksam, nur im induktiven Verf., d. h. nach Durchprüfung aller möglichen rechtl. Beziehungen, aufgestellt werden kann. Sonst arbeitet man i. S. jener Begriffsjurisprudenz, die sich der „Inversionsmethode" bedient, d. h. in einen Begriff unter Selbsttäuschung die Tragweite hineinlegt, die man dann als Folgerung aus dem Begriff ableitete. Wie fehl man dabei geht, zeigt ein Beispiel: man kann daraus, daß ein Urt. etwa wegen der Ungesetzlichkeit der Strafart, auf die es lautet (Prügelstrafe usw.), absolut nichtig ist, doch nicht ableiten, daß dieses Urt. keine strafrechtl., disziplinären, bürgerl.-rechtl. Folgen haben könne. Die in einer Hinsicht unterlaufende Unwirksamkeit verträgt sich sehr gut mit einer in anderer Richtung laufenden Wirksamkeit. Die Unwirksamkeiten einer Handlung sind je nach den verschiedenen Rechtsfolgen „relativ"; das Wort „absolut" kann richtig nur bedeuten, daß die Nichtigkeit ipso jure besteht.

Ganz offenbar leitet nun das OLG. die „absolute Unwirksamkeit" der Handlungen des Vorsitzenden daraus her, daß ihnen die geradlinig prozessuale Folge nicht zukommt, die sonst diese Handlungen haben. Das ist aber nur eine der Beziehungen, die in Betracht kommen. Mit der Feststellung solcher Unwirksamkeit ist nicht gesagt, daß die Handlung auch i. S. des § 68 StGB. für die Unterbrechung der Verjährung unwirksam sein muß. Die Anforderungen, die das Gesetz an Richterhandlungen als verjährungunterbrechende stellt, sind aus dem Gedankenkreise des § 68 StGB. selbst zu entnehmen.

Hier beginnt aber die eigentliche Schwierigkeit. Soviel ich sehe, wird in Schrifttum und Rspr. (vgl. die Komm. und die dort angeführten RGEntsch.) auf die Frage, welche gerichtsverfassungsrechtlich-prozeßrechtliche Qualität die Richterhandlung haben muß, um dem § 68 zu genügen, nur mit vorsichtiger Kasuistik geantwortet, ohne daß klar erhellte, ob die Handlung rechtlich „zulässig" sein müsse oder nicht. Bejaht man das Zulässigkeitserfordernis, so reimt sich damit die fast allseitig angenommene Meinung nicht, daß die sachliche und die örtliche Zuständigkeit belanglos seien; denn diese bedingen ja auch die Zulässigkeit des Vorgehens. Verneint man das Zulässigkeitserfordernis, so wird nicht deutlich, welchen Sinn es haben soll, wenn hinzugefügt wird; immerhin dürfe die Handlung „nicht an sich unzulässig", sie müsse eine „an sich gesetzliche" Handlung sein.

Eine einigermaßen sichere Lösung der Frage läßt sich m. E. dadurch wenigstens anbahnen, daß man die in Betracht kommende Richterhandlung als im Kreuzfeuer der Interessen des Staates und der des Täters befindlich anschaut. Was den Staat anlangt, so ist er positiv nicht daran interessiert, daß Verjährung eintrete; er läßt sie nur geschehen, weil und wenn über die Tat „Gras gewachsen ist", d. h. sie ihm unbemerkt geblieben oder von ihm nicht aufgegriffen worden ist. Von seinem Standpunkte aus muß es zur Unterbrechung der Verjährung genügen, daß in der Strafjustiz irgendein Richterakt hervorgetreten ist, der die Tat als strafbare im Auge behält. Daran, daß für den Zweck der Unterbrechung der Verjährung die

dann der ordentl. Richter in solchen Straffällen rechtlich wirksam tätig werden, er also mit einer richterl. Handlung dort die Verjährung nicht unterbrechen könnte, sowenig kann dies im Fall des § 313 StPO. ein LG., das in einer Sache, die nach positiver gesetzl. Vorschr. grundsätzlich nie an eine StrK. gelangen kann, durch Terminsbestimmung, Verhandlung und sonstige richterl. Handlungen tätig wird. Ähnlich läge die Sache, wenn etwa ein OLG. — ZivSen. — als Revisionsgericht in einer beim LG. als der BerInst. urteilsmäßig erledigten, zur Zuständigkeit der AG. gehörigen Zivilsache richterl. Handlungen vornehmen würde. Da es in einem solchen Fall eine dritte Instanz kraft Gesetzes nicht gibt, ein Richter oder Gerichte nicht aber aus eigener Machtvollkommenheit eine Instanz schaffen können, so ist die Folgerung unabweislich, daß die trotzdem in einer nicht bestehenden Instanz von einer an sich zum Richteramt berufenen Person objektiv rechtswidrig vorgenommene Handlungen, entgegen ihrem äußeren Schein, nicht von einem „Richter", d. i. nicht vom gesetzlich eingesetzten Richter ausgehen, sondern rechtsunwirksam sind, also auch eine Verjährung nicht unterbrechen können.

Das Verf. war danach wegen Verjährung der Strafvollstreckung einzustellen, was nach feststehender Rspr. des Sen. durch Beschluß geschehen konnte.

(OLG. Karlsruhe, StrSen., Beschl. v. 30. Sept. 1931.)

Mitgeteilt von OLGPräs. Buzengeiger, Karlsruhe.

Dresden.

III. Verfahren.

13. § 273 Abs. 3 StPO. Ob und inwieweit eine Zeugenaussage niederzuschreiben ist, liegt lediglich im Ermessen des Gerichts, das der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen ist.†)

Gemäß § 273 Abs. 3 StPO. hat der Vorsitzende die vollständige Niederschreibung und Verlesung des Wortlauts einer in der Hauptverhandlung erstatteten Aussage dann anzuordnen, wenn es auf die Feststellung des Wortlauts ankommt. Darüber, ob die Voraussetzung dieser Vorschrift zutrifft, entscheidet das Ermessen des Vorsitzenden oder des Gerichts; einen Anspruch auf Protokollierung haben die Prozeßbeteiligten jedenfalls nicht (RGSt. 28, 394). Im vorliegenden Falle hat das LG. den Antrag des Angekl., die Aussage des Zeugen wörtlich in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen, mit der Begründung abgelehnt, daß es bei der Aussage dieses Zeugen auf deren Wortlaut nicht ankomme. Da über die Frage, ob der Wortlaut einer Aussage von besonderer Erheblichkeit und deshalb zu protokollieren ist, lediglich das Ermessen des Gerichts zu entscheiden hat, ist sie der Nachprüfung durch das RevG. entzogen (vgl. Loewe-Rosenberg, Komm. z. StPO., zu § 337 Note 2b Abs. 2).

(OLG. Dresden, Urt. v. 8. Juli 1931, 1 OSt 125/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwalt Abel, Essen, Rechtsanwalt und Dozent Dr. Georg Baum, Berlin und Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden.

1. § 1 TarVO.; § 123 BGB. Eine Vereinbarung, in Zukunft regelmäßig Erlaßverträge über den verdienten Tariflohn abzuschließen, ist nichtig. Der Arbeitnehmer kann aber am Schlusse einer Lohnperiode wirksam auf den verdienten Tariflohn verzichten. Bei ausdrücklichen Willenserklärungen, die unter einem wirtschaftlichen Drucke abgegeben sind, ist stets zu prüfen, ob die Voraussetzungen

---

betr. Richterhandlung irgendwie „zulässig" sei, ist der Staat nicht interessiert. Die Richterhandlung kommt für ihn ja nur als bloßes Signal, nicht als Willensäußerung in Betracht, ist ja unzweifelhaft nicht erforderlich, daß der Richter dabei die Verjährung unterbrechen will. Umgekehrt hat der Täter ein Interesse daran, daß nur solche Richterhandlungen die Verjährung unterbreche, die in jeder Hinsicht rechtlich zulässig sind.

Die Mittellinie, auf die hin die Abgleichung der beiderseitigen Belange hinauskommen muß, ist m. E. mit der Grenze gegeben, bis zu der das soeben erwähnte Interesse des Täters als „berechtigt" erscheint. Dies aber ist bei solchen Richterhandlungen der Fall, die einen derart rechtswidrigen Einbruch in die Rechtssphäre des Individuums enthalten, daß es diesem zu viel zumuten hieße, wollte man daran als zweite Unannehmlichkeit auch noch die Unterbrechung der Verjährung anknüpfen. Das kann nicht wohl gesetzgeberischer Wille gewesen sein. Beispiel: die Verjährung wird nicht unterbrochen durch Prozeßhandlungen, die gegen einen Abgeordneten entgegen dem Art. 37 RVerf. betätigt werden, so auch RGSt. 23, 184. (Diese Feststellung behauptet auch neben § 69 StGB. ihre Bedeutung insofern, als bei gegenteiliger Annahme die vor Beginn des „Ruhens" der Verjährung abgelaufene Zeit durch rechtswidrige Hinwegsetzung über die Immunität unbeachtlich gemacht werden würde.) Anderes Beispiel: Keine Unterbrechung der Verjährung durch Erlaß eines Haftbefehls wegen Übertretung ohne Vorliegen der in § 113 StPO. aufgeführten Voraussetzungen. Steigt die Unzulässigkeit der Richterhandlung dagegen nicht zu einer solchen Beeinträchtigung der Interessen des einzelnen an, so wird die verjährungunterbrechende Wirkung der Richterhandlung nicht abzusprechen, sondern dem Staatsinteresse der Vorzug zu geben sein; so ist im Einklang mit der h. M. anzunehmen, daß das Fehlen sachl. oder örtl. Zuständigkeit nicht von Bedeutung ist.

Im einzelnen wird es mitunter zweifelhaft sein können, ob eine unzulässige Richterhandlung die Interessen des Individuums so stark verletzt, daß sie nicht verjährungunterbrechend wirkt. Es wird sich aber die allg. Regel aufstellen lassen, daß solche Prozeßhandlungen diesen Grad der Unzulässigkeit nicht erreichen, die nur in Ansehung ihrer Art und Weise unzulässig waren: so eben bei Fehlen der sachl. oder der örtl. Zuständigkeit. Unter diesem Gesichtspunkte scheint mir aber auch das Fehlen der funktionellen Zuständigkeit nicht so schwer zu wiegen, daß der Beschuldigte behaupten könnte, es sei eine flagrante Unbilligkeit, aus der Handlung die Unterbrechung der Verjährung hervorwachsen zu lassen. Es wäre anders, wenn das Eingreifen des unzuständigen (und zwar: einerlei, ob funktionell oder sachlich oder örtlich unzuständigen) Richters irgendwie i. S. der Ausschaltung des „gesetzlichen Richters" in Betracht käme (§ 16 GVG.); aber wenn derartiges überhaupt denkbar ist, so träfe es auf unsern Fall keineswegs zu: es handelte sich um ein harmloses Versehen.

Geh. Rat Prof. Dr. Ernst v. Beling, München.

Zu 13. Es ist ständige Rspr. und in der Literatur nicht bestritten, daß über die Voraussetzungen für die vollständige Niederschreibung und Verlesung des Wortlauts einer Aussage in der Hauptverhandlung i. S. von § 273 Abs. 3 StPO. das Ermessen des Vorsitzenden und evtl. des Gerichts entscheidet, daß jedenfalls die Prozeßbeteiligten einen Anspruch auf Protokollierung nicht haben. (Vgl. RGSt. 5, 352; 28, 394; RG. Rspr. 10, 156; GoltdArch. 43, 113; Loewe-Rosenberg[18], Anm. 10 zu § 273; Pinoff, Rechtsprechung des RG. zur StPO., 1907, Anm. 31 zu § 273 und die dort angeführten Entsch.) Diese Rspr. deckt sich auch mit dem Wortlaut des Gesetzes und schlägt den allein gangbaren Weg ein. Fraglich bleibt dabei jedoch, ob die Beanstandung dieser Ermessensentscheidung einen Revisionsgrund abgeben kann. Diese Frage ist lebhaft diskutiert worden. (Vgl. insbes. Beling in der Festschrift für Binding zum 4. Juni 1911, II, 146; ders., Dtsch. Reichsstrafprozeßrecht, 1928, 396, 412; Hegler: „Rechtsgang" I, 401 Anm. 1; Kautter, Feststellung prozeßerhebl. Tatsachen im Strafprozeß, Tüb. Diss. 1913, 31 ff.; Sauer, Grundlagen[2], 1929, S. 423 f. und vor allem Heilbron, Freies pflichtmäßiges Ermessen des Richters, Strafr. Abh. H. 253, 1929, S. 63 ff., Mannheim, Beitr. z. Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren, 1925, S. 146 ff. und Pohle, Revision und neues Strafrecht, Leipz. Rechtswiss. Studien, H. 56, 1930, S. 56 ff., 114). Nun ist allerdings der Begriff des freien Ermessens außerordentlich bestritten (vgl. z. B. Mannheim a. a. O. S. 148; Heilbron a. a. O. S. 5 ff.); immerhin wird man aber die Ermessensfreiheit dort der Revisibilität entziehen müssen, wo es dem Gesetz gleichgültig ist, wie sich der Richter in einer bestimmten Hinsicht verhält, und ein bestimmtes Verhalten des Richters nur notwendig ist, um den geordneten Gang des Verfahrens zu garantieren. Der Prüfung des RevG. bleibt es dann nur vorbehalten, ob überhaupt die für Ausübung des Ermessens gesetzlich aufgestellten Voraussetzungen vorlagen. (Vgl. z. B. RG. 1, 107; 28, 125; 57, 148; RG. Rspr. 2, 21 und Beling, Reichsstrafprozeßrecht S. 412.) Dieser Fall ist aber insbes. dann gegeben, wenn es sich um prozeßrechtlich erhebliche Umstände handelt, die der Tatrichter in der Hauptverhandlung nach freiem und pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden hat, und die auf Grund der Akten nicht nachprüfbar sind, die vielmehr lediglich auf Grund der mündlichen Verhandlung festgestellt werden. (So insbes. auch Loewe-Rosenberg, Anm. 2b Abs. 2 zu § 337 im Anschluß an die Kritik Alsbergs: JW. 1915, 306 und Sauers a. a. O.) Dabei kann es allerdings nicht darauf ankommen, ob die von dem Richter nach freiem Ermessen festzustellende Tatsache in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich festgestellt worden ist oder nicht; denn das ist, wie Beling und Sauer zutreffend bemerken, oft eine Sache des Zufalls. Vielmehr kommt es darauf an, ob es sich um Tatsachen handelt, die im formellen Beweisverfahren festzustellen waren, mithin zur Urteilsgrundlage gehören, oder um solche, deren Feststellung nur den Fortgang der Verhandlung gewährleisten soll, selbst wenn sie tatsächlich eine Rolle in dem ergangenen Urteil spielen. (Vgl. dazu insbes. Sauer a. a. O. S. 424 f.) Auf eine kurze Formel gebracht, würde das besagen, daß es sich dabei um Ermessensentscheidungen handelt, die sich auf die Prozeßgestaltung beziehen, nicht auf die Sachgestaltung.

Prof. Dr. G. Bohne, Köln.

des § 123 BGB. erfüllt sind. In der Auslegung von Ausgleichsquittungen, als Urkunden typischen Inhalts, ist die Revisionsinstanz frei. †)

Zwischen den Parteien ist in erster Linie streitig, ob der Kl. auf einen tarifmäßigen Anspruch auf Bezahlung von Überstunden wirksam verzichten kann und ob in der Ausstellung der vom Kl. unterschriebenen Ausgleichsquittungen ein solcher wirksamer Verzicht zu finden ist.

Das LArbG. geht von den durch die Rspr. des RArbG. gebilligten Grundsätzen aus, wonach ein Verzicht des Arbeitnehmers auf zukünftigen Tariflohn dem § 1 TarVO. v. 23. Dez. 1918 und dem in ihm niedergelegten Rechtssatze der Unabdingbarkeit tariflicher Arbeitsnormen widerspricht und demgemäß nach § 134 nichtig ist, daß jedoch ein Verzicht auf bereits verdienten Tariflohn an sich statthaft ist (RArbG. 1, 123). Das LArbG. entnimmt dann aus der Formularmäßigkeit der Ausgleichsquittungen die Möglichkeit, ja die Vermutung, daß die Parteien von vornherein entschlossen gewesen seien, regelmäßig in Zukunft mit Hilfe der Quittungen einen Erlaßvertrag über den verdienten Tariflohn zu schließen, und hält den Wortlaut der Quittungen nicht für eindeutig, weil sie auch dahin verstanden werden könnten, daß der Kl. darin bekenne, aus dem Arbeitsvertrage mit dem untertariflichen Lohne keine Ansprüche gegen den Bekl. mehr zu besitzen. Aus beiden Gründen folgert es, daß ein wirksamer Verzicht auf den verdienten Tariflohn nicht zustande gekommen sei.

Das RArbG. kann dieser Begründung nicht beitreten. Selbst wenn die Parteien erweislich von vornherein vereinbart hätten, in Zukunft regelmäßig Erlaßverträge über den verdienten Tariflohn mit Hilfe der Quittungsformulare abzuschließen, so würde dieser Vertrag zwar nichtig gewesen sein, diese Nichtigkeit aber nichts daran geändert haben, daß der Kl. jedesmal am Schlusse einer Lohnperiode auf den verdienten Tariflohn wirksam verzichten konnte und verzichtet hat. Nach dem BGB. ist das Erfüllungsgeschäft grundsätzlich gegenüber dem ihm zugrunde liegenden schuldrechtlichen Geschäfte als selbständig anzusehen; es ist kein ausreichender Grund ersichtlich, daß im vorliegenden Falle nach dem Willen der Parteien die Gültigkeit des Erfüllungsgeschäfts von der Gültigkeit des schuldrechtlichen Grundgeschäftes abhängig gemacht worden ist (vgl. RG. 104, 102[1]). Weiterhin kann dem LArbG. in seiner Auslegung der Ausgleichsquittungen nicht gefolgt werden. Da diese sich als Urkunden typischen Inhalts darstellen, war das RArbG. in ihrer Auslegung frei. Nach Treu und Glauben im Verkehre sind die drei Quittungen nicht anders auszulegen, als dahin, daß der Kl. nach Empfang des Lohnes für die bestimmte Lohnperiode anerkennt, aus dem zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisse keine Ansprüche zu haben. Teil dieses Arbeitsverhältnisses ist aber kraft zwingenden Rechts der volle Tariflohn nach dem TarVertr. Liegen demnach zunächst Verzichtserklärungen des Kl. auf den verdienten Tariflohn nach Ablauf jeder Lohnperiode vor, so kommt es auf die (Gegen-) Beweisangebote des Bekl. über das, was bei den einzelnen Lohnzahlungen zwischen den Parteien gesagt worden ist, nicht an, womit sich die Revisionsrüge wegen Nichtvernehmung der Ehefrau des Bekl. erledigt. Dagegen wird nunmehr der Gegeneinwand des Kl., daß die Verzichtserklärungen des Kl. unter einem wirtschaftlichen Drucke abgegeben worden und deshalb unwirksam seien, erheblich. Da das LArbG. hierüber, von seinem Standpunkte aus mit Recht, noch nicht erkannt hat, war die Sache unter Aufhebung des ergangenen Urt. zur Verhandlung und Entsch. an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Das LArbG. wird bei der Prüfung des Gegeneinwands zu beachten haben, daß das RArbG. den Ausführungen, daß eine Willenserklärung unter einem wirtschaftlichen Drucke abgegeben worden sei, ganz regelmäßig nur Bedeutung beigemessen hat bei Beantwortung der Frage, ob in dem Verhalten einer Person die Abgabe einer stillschweigenden Willenserklärung gefunden werden könne, daß aber bei ausdrücklichen Willenserklärungen immer an dem Erfordernisse des § 123 BGB. festgehalten worden ist, wenn behauptet wurde, sie hätten auf einer Drohung oder einem Zwange beruht (vgl. RArbG. v. 9. Aug. 1929, 150/29: BenshSamml. 6, 601; Urt. v. 29. Mai 1929, 646/28, nicht abgedruckt, und 17/29: ArbREntschArbg. 1929, 651). Eine andere Auffassung hat das RArbG. nur in der vom ArbG. zit. Entsch. v. 15. Dez. 1928 (238/28, auszugsweise abgedruckt in BenshSamml. 5, 67) geäußert, wobei jedoch die abweichende Ansicht nur nebenbei angefügt worden ist.

(RArbG., Urt. v. 10. Jan. 1931, RAG 382/30. — Stuttgart.) [A.]

*

Zu 1. 1. Die Richtigkeit des im ersten Satz der Urteilsüberschrift zusammengefaßten Teils der Entsch. ergibt sich unzweifelhaft aus § 1 TarVO.: Denn eine Vereinbarung, in Zukunft regelmäßig Erlaßverträge über den verdienten Tariflohn abzuschließen, ist Verzicht auf Tariflohn für die Zukunft und daher nach Wortlaut, Sinn und Zweck des § 1 TarVO. nichtig.

2. Ob Verzicht auf bereits verdienten Tariflohn für die Vergangenheit rechtswirksam ist, ist streitig. Verneint wird es insbes. von Nipperdey (Beiträge zum Tarifrecht S. 9 ff. und bei Hueck-Nipperdey: ArbR. II, 5). An sich bejaht wird es in obiger und in den unten angeführten Entsch. vom RArbG. Doch hat dieses die Frage aufgeworfen und in schwankender Rspr. verschieden beantwortet, welche Bedeutung dabei dem Umstande zukomme, daß der Arbnehmer nur unter einem dem Arbeitgeber erkennbaren wirtschaftlichem Druck verzichte. Zunächst hatte das RArbG. in dieser Beziehung nur ausgesprochen, daß ein Verzicht auch in der stillschweigenden Entgegennahme untertariflichen Lohnes liegen könne, daß dabei aber besonders sorgfältig zu prüfen sei, ob der Arbeitnehmer etwa nur unter dem fraglichen Druck verzichtet habe. Sei solcher dem Arbeitgeber erkennbar, so könne er nach Treu und Glauben aus dem Stillschweigen keinen Verzicht herleiten (so insbes. RAG 58/27: JW. 1928, 1077: 59/27: JW. 1928, 6164; auch 180/28: BenshSamml. [RArbG. IV, 122; 215/28 ebd. S. 376; 223/28 ebd. S. 377]).

Diese Auffassung schien also zunächst nur aus dem Wesen der stillschweigenden Willenserklärung begründet werden zu sollen. Obwohl sich dagegen das einwenden ließ, was das RArbG. selbst an anderer Stelle — JW. 1930, 3116 — über das Wesen stillschweigender Willenserklärung und die Bedeutung wirtschaftlichen Drucks ausgeführt hat, hatte sich die Praxis mit jener Auffassung des RArbG. abgefunden. Dann aber schritt das RArbG. nicht nur, wie es in obiger Entsch. sagt „nebenbei" in der Entsch. 238/28, sondern ganz ausdrücklich in der Entsch. 293/29: JW. 1930, 2728 zu dem Satz fort, daß auch ausdrücklicher Verzicht auf verdienten Tariflohn für die Vergangenheit dann nichtig sei, wenn der Verzicht dem Arbeitgeber erkennbar unter wirtschaftlichem Druck abgegeben sei. Demgegenüber hat der Unterzeichnete JW. 1930, 2728 und 3116 und ArbG. 1930, 533 ff. darzulegen gesucht, daß mindestens bei ausdrücklichen Willenserklärungen Nichtigkeit wegen solchen Drucks nur in Frage komme, wenn der Tatbestand der §§ 123 oder 138 BGB. erfüllt sei. Dem schließt sich — an sich erfreulicherweise — das RArbG. in vorliegender Entsch. an und behauptet sogar, die gegenteilige Meinung nur nebenbei geäußert zu haben. Leider aber hat das RArbG. in neuesten Entsch. 456/30, 606/30, 629/30, 649/30, und wie es dort mitteilt, auch in 345/30 und 557/30 diesen Standpunkt wieder verlassen und ist zu dem JW. 1930, 2728 eingenommenen Standpunkt zurückgekehrt. Da das RArbG. seinen Standpunkt auch in diesen neuesten Entsch. wesentlich auf § 242 BGB. stützt, so genügt es demgegenüber auf die Anm. JW. 1930, 2728 zu verweisen. Es wird bei Abdruck einer jener Entsch. auf die Frage zurückzukommen sein.

3. Im übrigen ist die Tragweite des jetzigen Standpunktes des RArbG. nicht ganz so groß, wie es scheinen könnte. Zwar wird gelegentlich die Meinung vertreten, die Auffassung des RArbG. laufe praktisch auf die theoretisch von ihm abgelehnte völlige Unzulässigkeit des Tariflohnverzichts für die Vergangenheit hinaus (so Nipperdey: BenshSamml. [RArbG. II, 9]). Denn wie solle wohl, so fragt man, der Arbeitnehmer aus anderen Gründen verzichten als aus Furcht, seine Stellung zu verlieren. Diese Argumentation trifft aber aus zwei Gründen nicht zu:

Erstens hat gerade das RArbG. in 639/30 ausdrücklich auf die Notwendigkeit hingewiesen, gegebenenfalls auch zu prüfen, ob dem Einwand des wirtschaftlichen Drucks „im einzelnen Fall andere Erwägungen aus § 242 BGB. entgegengehalten werden können, insbes. die, es sei nach Lage des Betriebes sachgemäß oder gar für den Arbeitnehmer geboten gewesen, seine eigenen Nöte hinter die des Betriebes zurückzustellen". Dabei weist das RArbG. selbst auf 293/29: JW. 1930, 2729 hin, wo ein ähnlicher Gedanke bereits anklingt. Zweifel darüber, ob Rücksicht auf den Arbeitgeber oder wirtschaftlicher Druck bestimmend war, dürften aber zu Lasten des Arbeitnehmers gehen, der durch ausdrückliche Verzichtserklärung prima facie verzichtet hat (so betr. Beweislast ausdrücklich RArbG. 351/30: BenshSamml. [RArbG.] XI, 31 letzter Satz).

Zweitens verzichten viele Arbeitnehmer deshalb, weil sie ihre tariflichen Rechte nicht kennen, obwohl sie mit deren Bestehen rechnen müssen. Dann aber können sie nicht wohl behaupten, unter Druck verzichtet zu haben. Nun hat sich zwar das RArbG. gelegentlich so ausgedrückt, als ob solche Unkenntnis der Annahme eines Verzichtes entgegenstünde (374/29: BenshSamml. [RArbG.] VIII, 238). Überwiegend hat aber auch das RArbG. anerkannt, daß derjenige, der auf Rechte verzichtet, die er zwar nicht kennt, aber mit deren Bestehen er rechnen muß, an diesen Verzicht gebunden ist (so RAG 429/29: BenshSamml. VIII, 499; RAG 351/30: BenshSamml. XI, 30 Abs. 2).

4. Wegen der Rechtsunsicherheit, die wegen der Drucktheorie des RArbG. besteht, haben viele Tarifparteien für die Geltendmachung tariflicher Ansprüche eine tarifliche Ausschlußfrist festgesetzt. Das verdient im Interesse der Rechtssicherheit allgemeine Nachahmung.

LGDir. Dr. Krönig, Vors. des LArbG., Hamburg.

[1]) JW. 1922, 1196.

**** 2.** Art. 159 RVerf.; §§ 134, 138 BGB. **Der Art. 159 RVerf. ist nur die Vereinigungsfreiheit als solche, nicht aber jede gewerkschaftliche Betätigung zu schützen bestimmt. Auch eine ordentliche im Vertrage vorgesehene Kündigung kann im Hinblick auf ihren Beweggrund, die Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers zu einem bestimmten Verbande unmöglich zu machen oder zu erschweren, den objektiven Tatbestand einer Zuwiderhandlung gegen Art. 159 RVerf. erfüllen. Art. 159 RVerf. hindert den Arbeitgeber nicht daran, wegen der von ihm als unbillig empfundenen Höhe des Tariflohns von seinem vertraglichen Kündigungsrecht Gebrauch zu machen.** †)

Der BerR. hat den Beweis dafür, daß die Entlassung des Kl. eine seine Vereinigungsfreiheit einschränkende oder verhindernde Maßnahme gewesen sei, nicht für geführt erachtet und weiter angenommen, daß der Kl. durch die widerspruchslose Hinnahme der Kündigung und sein Schweigen bis zur Klagerhebung auf etwaige ihm nach dem 29. Juni 1929 erwachsene Lohnforderungen verzichtet habe. Gegen beide EntschGründe wendet sich die Rev. Ihr ist zuzugeben, daß einzelne Ausführungen des angefochtenen Urt. rechtlichen Bedenken unterliegen. Im Ergebnis ist dem BG. aber beizutreten. Auszugehen ist davon, daß Art. 159 RVerf. nur die Vereinigungsfreiheit als solche, nicht aber jede gewerkschaftliche Betätigung eines Arbeitnehmers innerhalb seiner Organisation zu schützen bestimmt ist (vgl. Urt. v. 15. Nov. 1930, RAG 266/30). Niemand soll in seiner Willens- oder Entschlußfreiheit, sich zur Wahrung und Förderung seiner auf arbeitsrechtlichem Gebiet liegenden Interessen diesem oder jenem Verbande anzuschließen oder in ihm zu verbleiben, durch wirtschaftlichen Druck oder andere koalitionsfeindliche Maßnahmen eingeengt werden. Daß zu ihnen unter Umständen auch eine Kündigung, wenn sie im Hinblick auf ihren Beweggrund die Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers zu einem bestimmten Verbande unmöglich zu machen oder zu erschweren bezweckt (vgl. RArbG. 6, 271), gehören kann, ist zweifellos und vom LArbG. auch nicht verkannt. Andererseits ist aber auch der Ausspruch der ordentlichen im Vertrage vorgesehenen Kündigung ein Akt der freien Willensbetätigung, welcher der Gesetzgeber — abgesehen von bestimmten Einzelfällen, wie z. B. in den §§ 95, 96 BetrRG., dem § 13 SchwBeschG. und dem Art. 159 RVerf. — in der Regel keine Schranken setzt. Hiernach erscheint es schon von vornherein mehr als zweifelhaft, ob das, was der Kl. anführt, überhaupt geeignet ist, den objektiven Tatbestand einer Zuwiderhandlung gegen Art. 159 RVerf. zu erfüllen. Jedenfalls ist der obenerwähnten Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers gegenüber der Kl. dafür beweispflichtig, daß dieser Tatbestand und mit ihm zugleich ein subjektives Verschulden der Bekl. vorliegen. Nun hat der Kl. aber nur vorgetragen, ihm sei gekündigt worden, als er Bezahlung nach dem LandArbTar. gefordert habe, die höher gewesen sei als der mit ihm vereinbarte und ihm gewährte Lohn des Landbundtarifs. Das wird von dem als Zeugen gehörten Inspektor H. auch bestätigt, der bekundet hat, er habe auf das Lohnverlangen des Kl. erwidert: „er könne sich dann andere Arbeit suchen, wo er mehr verdiene, sie könnten das nicht bezahlen." Geht man von diesem Sachverhalt aus, so fehlt es an jedem Anhalt für die Annahme, daß sich die Kündigung in rechtswidriger Weise gegen die Vereinigungsfreiheit oder Verbandszugehörigkeit des Kl. als solche richtete, daß unmittelbar oder mittelbar sein Austritt aus dem Landarbeiterverband oder sein Beitritt zu einer anderen Vereinigung betrieben wurde oder daß seine tariflichen Beziehungen zu dem Landarbeiterverbande beeinträchtigt werden sollten. Die aus dem Arbeitsvertrage sich ergebenden Rechte und Pflichten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers haben mit dem durch Art. 159 a. a. O. gewährleisteten Schutz der Vereinigungsfreiheit im allgemeinen nichts zu tun. Lehnt ein Arbeitgeber eine berechtigte Tariflohnforderung ab, so haftet er dem Arbeitnehmer aus dem Vertrage, nicht aber aus Art. 159 RVerf. Dieser hindert den Arbeitgeber, wie schon betont, auch nicht daran, wegen der von ihm als unbillig empfundenen Höhe des Tariflohns von seinem vertraglichen Kündigungsrecht Gebrauch zu machen. Das will auch die Bekl. getan haben, und das LArbG. steht in tatrichterlicher Würdigung der Verhältnisse auf dem Standpunkte, daß der, wie oben gezeigt, beweispflichtige Kl. diese Behauptung nicht widerlegt und auch durch die Bezugnahme auf Rundschreiben des Landbundes, durch die seine Mitglieder aufgefordert sind, sich auf Zahlung der Löhne des LandArbTar. verklagen zu lassen, nicht dargetan habe, daß die Bekl. „aus koalitionsfeindlichen Beweggründen" zur Kündigung geschritten ist. Diese Beurteilung des Sachverhalts gehört dem rein tatsächlichen Gebiet an und kann durch die in gegenteiliger Richtung sich bewegenden Ausführungen der Rev. nicht erschüttert werden. Das BG. hat alles das, was der Kl. hinsichtlich des Verhaltens der Zentralleitung des Pommerschen Landbundes und vieler seiner Mitglieder vorgebracht hat, nicht für genügend erachtet, ihm die Überzeugung zu verschaffen, daß das Verhalten der Bekl. dem Kl. gegenüber durch andere als in den eigenen wirtschaftlichen Verhältnissen zu suchende Beweggründe bestimmt worden ist. Unter diesen Umständen fehlt es objektiv und subjektiv an den Voraussetzungen für die Möglichkeit, die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit der Kündigung auf Grund des Art. 159 RVerf. i. Verb. m. § 134 BGB. festzustellen. Aus demselben Grunde ist der Bekl. auch eine Sittenwidrigkeit i. S. des § 138 BGB. nicht zur Last zu legen.

(RArbG., Urt. v. 25. April 1931, RAG 561/30. — Stettin.) [A.]

*

3. § 62 BetrRG.; §§ 19 ff. WahlO. z. BetrRG. **Die Ordnung der Wahlanfechtung im gesetzlichen Betriebsräterecht gilt nicht für die Baudelegiertenwahl. Nur schwere Verstöße gegen die Grundanforderungen einer Wahl können zur Annahme der Nichtigkeit führen. In der Übergehung einer Minderheit kann ein zur Wahlvernichtung führender Mangel liegen.** †)

Der BerR. hat unentschieden gelassen, ob der Kl. für eine begrenzte Arbeitsleistung eingestellt war, so daß, wie die Bekl. meint, nach § 620 BGB. sein Arbeitsverhältnis auch ohne Kündigung endete. Seine Entsch. beruht auf der Stellungnahme, daß der Kl. i. S. des

---

Zu 2. Das Urteil ist bedenklich. Zutreffend geht das RArbG. hier wiederum davon aus, daß Beweggrund und Zweck einer Kündigung sie als verboten und sittenwidrig nach §§ 134, 138 BGB. erscheinen lassen (vgl. die Anm. zu den Urteilen RAG 518/30 und 283/30). Insbes. ist eine Kündigung dann nichtig, wenn ihr ein koalitionsfeindliches Motiv anhaftet (vgl. RArbG.: BenshSamml. 6, 96 ff.; 11, 76; 12, 172 und bes. Hueck-Nipperdey, Lehrb. Bd. II § 48 II, 2c mit weiteren Hinweisen). Unwirksam ist eine Kündigung nach § 134 i. Verb. m. Art. 159 RVerf. aber nur dann, wenn sie die Koalitionsfreiheit in dem Umfange, wie ihn Art. 159 RVerf. gewährleistet, beeinträchtigt. Anerkanntermaßen schützt Art. 159 aber nur die Vereinigungsabrede, nicht auch den von der Koalition erstrebten Einzelzweck und ebensowenig die Mittel, deren sich die Koalitionen im sozialen Kampf bedienen. Das erkennt auch das RArbG. an, wenn es eingangs der Gründe betont, daß nicht jede gewerkschaftliche Betätigung innerhalb einer Organisation verfassungsrechtlich garantiert ist. So verstößt z. B. eine Kündigung anläßlich eines Streiks nicht gegen Art. 159 RVerf. (vgl. Lehrb. Bd. II, § 48 III, 1./2. Aufl., S. 435 und auch RArbG.: BenshSamml. 10, 605).

M. E. ist dem RArbG. auch darin zuzustimmen, daß eine Kündigung, die deshalb erfolgt, weil der Arbeitgeber den Tariflohn aus berechtigten wirtschaftlichen Gründen nicht zahlen zu können glaubt, nicht gegen Art. 159 RVerf. verstößt (ebenso RArbG.: BenshSamml. 11, 75 und 12, 172). Das wird zwar in der neueren Literatur mehrfach behauptet (vgl. Hellmut Jacoby: SchlichtW. 1931, 266; Klausner: ArbRspr. 1931, 76 und Gusko ebenda S. 263). Das trifft jedoch nicht zu, weil eine derartige Kündigung sich nicht notwendig gegen die Vereinigungsfreiheit richten muß (richtig Molitor: ArbRpr. 1930, 347). So geht denn auch das RArbG. in den Gründen davon aus, daß kein Anhalt für die Annahme bestehe, „daß sich die Kündigung in rechtswidriger Weise gegen die Vereinigungsfreiheit oder Verbandszugehörigkeit des Kl. als solche richtete, daß unmittelbar oder mittelbar sein Austritt aus dem Verband oder sein Beitritt zu einer anderen Vereinigung betrieben wurde oder daß seine tariflichen Beziehungen zu seiner Organisation beeinträchtigt werden sollte".

Zu Unrecht hat aber das RArbG. hier einen anderen Gesichtspunkt unbeachtet gelassen. Eine Kündigung ist nämlich auch dann ohne Rücksicht auf einen Eingriff in die Koalitionsfreiheit unzulässig, wenn sie nur deswegen erfolgt, weil der Arbeitnehmer die Einhaltung des tarifentsprechenden Arbeitsvertrages verlangt hat, wenn die Kündigung also nachweisbar nur deswegen geschah, weil der Arbeitnehmer nicht bereit war, zu untertariflichen Bedingungen zu arbeiten. In einem solchen Falle folgt aus der Tarifidee und den Grundsätzen von Treu und Glauben eine jedem TarVertr. immanente Normativbestimmung, die verbietet, einem Arbeitnehmer, der die Einhaltung des tarifgemäßen Arbeitsvertrages verlangt, um deswillen zu kündigen (vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrb. Bd. II, § 9 IV, 2, 1./2. Aufl. S. 88).

Prof. Dr. Nipperdey, Köln.

Zu 3. Die Entsch. betrifft eine praktisch wichtige Frage aus dem Baudelegiertenrecht. Bekanntlich verleihen §§ 62 ff. BetrRG. unter gewissen Voraussetzungen tariflichen Betriebsvertretungen die „Aufgaben und Befugnisse" gesetzlicher Vertretungen. Die Best. war von vornherein im wesentlichen auf das Baugewerbe gemünzt und hat auch für diesen durch den raschen Wechsel der Arbeitsstellen sich kennzeichnenden Wirtschaftszweig seine Hauptbedeutung behalten. Wie die tarifliche Vertretung zustande kommt, ist der tariflichen Regelung überlassen, so daß z. B. der Bauarbeitertarif in zulässiger Weise von jeher neben der Wahl der Delegierten der einzelnen Baustellen durch die Belegschaften („Ernennung" im Sprachgebrauch des TarVertr. — vgl. dazu RArbG. v. 5. Nov. 1930: BenshSamml. 10, 356 ff., 359) sogar die „Bestimmung" durch die tarifbeteiligten Organisationen kennt. Das RArbG. hat sich nun zum zweiten Male mit der Frage zu beschäftigen gehabt, ob der tariflich vorgesehene Ausschluß der WahlO.
schäftigen gehabt, ob der tariflich vorgesehene Ausschluß der WahlO.
zum BetrRG. (§ 8 Ziff. 1a Abs. 1 Satz 2 TarVertr. — siehe oben Abs. 1 der Gründe) in vollem Umfange rechtswirksam ist, insbes. ob das Wahlanfechtungsverfahren als Teil des arbeitsgerichtlichen Be-

nach § 62 BetrRG. maßgebenden allgemeinverbindl. RTarVertr. für das Baugewerbe nicht ordnungsmäßig gewählt sei. Die auszulegenden Bestimmungen in § 8 TarVertr. lauten in den hier belangreichen Teilen:

1. a) Von den Arbeitern eines jeden Unternehmers sind auf jeder Bau- oder Arbeitsstelle Bau- oder Platzdelegierte zu ernennen oder von den vertragschließenden Organisationen zu ernennen. Die Vorschriften der WahlO. zum BetrRG. finden keine Anwendung.

   . . . Beschäftigt ein Unternehmer auf einer Bau- oder Arbeitsstelle . . . Arbeiter mehrerer Berufe, so sind nach Möglichkeit alle beteiligten Berufe oder vertragschließenden Arbeiterorganisationen zu berücksichtigen.

   b) Es sind zu bestimmen bzw. zu ernennen: bei einer Arbeiterzahl bis 5 = 1 Delegierter, von 6—19 = 1—2 Delegierte, von 20—29 = 3 Delegierte.

2. Die Namen der Delegierten . . . sind dem Arbeitgeber . . . in der Reihenfolge, in der sie ernannt oder bestimmt sind, schriftl. mitzuteilen . . . Erst wenn die Meldung erfolgt ist, beginnt das Amt des Delegierten. Der Arbeitgeber hat die Namen der Delegierten durch Aushang an der Bau- oder Arbeitsstelle bekanntzugeben.

9. Das Amt des Delegierten erlischt ohne weiteres, wenn die Arbeit auf der Bau- oder Arbeitsstelle, für die er bestellt war, oder die Arbeit seiner Berufsgruppe dem Ende nahe oder beendet ist . . .

10. Soweit durch die vorstehenden Bestimmungen die Rechte und Pflichten der Arbeitervertreter nicht geregelt sind, gelten sinngemäß die Bestimmungen des BetrRG. sowie des Ges. über die Betriebsbilanz . . . v. 5. Febr. 1921 und des Ges. über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat v. 15. Febr. 1922.

Zu dem Wahlvorgang stellt der BerR. fest, von der damals 22 Mann starken Belegschaft seien während der Mittagspause 17 Mann in der Baubude gewesen, als ein Gewerkschaftssekretär erschienen sei und gelegentlich eines Gesprächs den Kl. zum Baudelegierten vorgeschlagen habe. Da sich kein Widerspruch erhob, habe man den Kl. als gewählt angesehen und dies der Bekl. mitgeteilt. Die fünf nicht anwesenden Arbeiter hätten von der Wahl keine Kenntnis gehabt. Daß trotzdem alle Arbeiter einverstanden gewesen, sei nicht nachgewiesen. Aus den Äußerungen einiger Arbeiter am anderen Tage, es hätte auch den Christlich-Organisierten ein Delegierter zugestanden, sei das Gegenteil zu entnehmen.

Nicht begründet ist die Rüge der Rev., das LArbG. habe übersehen, die Frage zu prüfen, ob nicht statt einer Wahl („Ernennung") durch die Belegschaft eine „Bestimmung" durch den Organisationsvertreter (den Sekretär des Baugewerksbundes) geschehen sei. Gewiß läßt der von dem BerR. festgestellte tatsächl. Vorgang auch der Deutung Raum, es habe überhaupt keine Wahl, sondern eine Bestimmung durch den Gewerkschaftsvertreter stattgefunden. Aber das ist eine zunächst auf tatsächl. Gebiet liegende Auffassung, und der BerR. hatte keine Veranlassung, sie in Betracht zu ziehen, da der Kl. sich ausschließlich auf die andere der beiden mögl. und einander ausschließenden Annahmen, die Auffassung des Vorgangs als Wahl, berufen hatte. Wenn die Rev. jetzt die andere Deutung in den Vordergrund stellt, so bringt sie in dieser Instanz unbeachtl. neue Behauptungen vor. Es bedarf danach keines Eingehens auf die Frage, ob bei der verbandlich gemischten Belegschaft, wie sie auf dem Bau der Bekl. arbeitete, der Organisationsvertreter nur einer Richtung ohne Verständigung mit dem Verband des anders organisierten Teils das Bestimmungsrecht ausüben konnte.

Kommt es danach nur auf die Frage der Wahl an, so ist vorweg die Rüge der Rev. zu bescheiden, die Bekl. könne die Ordnungsmäßigkeit der Wahl nicht mehr bemängeln, weil sie die Anfechtungsfrist des § 19 WahlOBetrRG. versäumt habe, eine Frist, die auch für die Anfechtung der Baudelegiertenwahl gelte. Diese Frage ist schon in dem insoweit gleichliegenden Fall des Urt. des RArbG. v. 5. Nov. 1930 (RArbG. 6, 322) behandelt und dahin entschieden worden, daß die Ordnung der Wahlanfechtung in dem gesetzl. Betriebsräterecht für die Baudelegiertenwahl nicht gilt. Abgesehen von der ausdrückl. und unbeschränkten Ausschließung in § 8 Ziff. 1 a, die durch die Anziehung des BetrRG. und anderer Nebenges. des Betriebsräterechts in § 8 Ziff. 10 beschränkt wird, ergibt das die gesetzl. Ordnung in § 62 BetrRG., die nur hinsichtlich der „Aufgaben und Befugnisse" die tariflich gewillkürten Vertreter den gesetzlich geordneten Betriebsvertretungen gleichstellt, sowie die Natur der WahlOBetrRG. Im allgemeinen wird gegenüber der Rev. auf die einschlagenden Ausführungen jenes Urt. verwiesen. Flatow (BenshSamml. 10 [RArbG.], 361 f.) hat in einer Anm. zu jenem Urt. zwar anerkannt, daß die Bestimmungen über Wahlanfechtung nicht zu dem Kreis der „Aufgaben und Befugnisse" i. S. des § 62 BetrRG. gerechnet werden können, hält die Vorschriften aber dennoch für anwendbar, weil — und insoweit — es sich um verfahrensrechtl. Bestimmungen handle. Solche, die Regelung des Rechtsschutzes betreffenden Vorschriften, seien der Einwirkung des TarVertr. entzogen und deshalb auch für die Baudelegierten in Geltung. Diese Einwendung wäre beweiskräftig, wenn eben feststünde, daß das Wahlprüfungsrecht der WahlOBetrRG. nicht nur zur Kontrolle der Bildung der gesetzl. Betriebsvertretungen, sondern auch der in § 62 behandelten tariflich gewillkürten Vertreter bestimmt wäre. Gerade dafür fehlt aber die gesetzl. Grundlage, die wie in dem früheren Urt. dargelegt ist, nicht in § 62 (und ebenso nicht in § 25 BetrRG., der Ursprungsnorm für die WahlOBetrRG.) gefunden werden kann. Auch ohne ausdrückl. Bezugnahme könnte sich freilich die Geltung der WahlO. im Gebiet des Delegiertenrechts aus den Zwecken der gesetzl. Ordnung ergeben. So wird kein Bedenken dagegen bestehen, daß der Streit über das Bestehen des Delegiertenamts entsprechend § 93 Ziff. 5 BetrRG. vor dem ArbG. ausgetragen wird. — Insoweit verweist der TarVertr. auch durch die Bestimmung

---

schlußverfahrens auf diese Weise durch den TarVertr. beseitigt werden kann und welche Rechtsfolgen dies für die Nachprüfung des irgendwie mangelhaft erworbenen Baudelegiertenamtes hat. Kl. waren beide Male Baudelegierte, die sich gegenüber der Beanstandung der Wahl auf die Unterlassung der Wahlanfechtung nach § 19 WahlO. beriefen.

Bereits in der Entsch. v. 5. Nov. 1930 (a. a. O.) hat das RArbG. das Anfechtungsrecht in vollem Umfange als eine zu den „Voraussetzungen des Amtes" gehörige Best. anerkannt und jene tarifliche Best. für zulässig erklärt und daran trotz der von mir a. a. O. S. 361 geäußerten Bedenken in dem neuen Urt. festgehalten. Meinem Hinweis darauf, daß das Anfechtungs*verfahren* im engeren Sinne (§ 19 WahlO. z. BetrRG.) als eine Rechtsschutzregelung sowenig wie die sonstige Rechtsschutzregelung durch den TarVertr. ausgeschlossen werden könne, hält das RArbG. den Mangel der ausdrücklichen gesetzlichen Vorschr., wonach auch die tarifliche Vertretung der Kontrolle des gesetzlichen Wahlprüfungsrechts unterworfen bleibe, entgegen; dieser Mangel könne auch durch die Berufung auf den „Zweck der gesetzlichen Ordnung" nicht ausgeglichen werden, da die WahlO. durchaus auf die gesetzliche Betriebsvertretung zugeschnitten sei und z. B. auf die „Bestimmung" der tariflichen Vertretung durch die Verbände gar nicht passe; auch das Interesse an baldiger Klärung des Amtsbestandes, das bei den auf längere Zeit gewählten gesetzlichen Vertretungen bestünde und hier zur begrenzten Anfechtung (bei „wesentlichen" Verstößen) und in bestimmter Frist geführt habe, sei für die rasch wechselnden Baudelegierten nicht in gleichem Maße anzuerkennen, könne im übrigen durch die Tarifparteien mittels entsprechender tariflicher Setzung von Ausschlußfristen gewahrt werden. Ich halte die Gründe des RArbG. nach wie vor nicht für überzeugend, sondern eine entsprechende Anwendung der §§ 19 ff. WahlO. z. BetrRG. auf die tarifliche Delegiertenwahl für geboten, wie ja auch das RArbG. die sonstige Benutzung des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens den Baudelegierten ausdrücklich eröffnet. Insbes. scheint es mir, wie bereits BenshSamml. 10, 361/62 ausgeführt, nicht einleuchtend, daß der tarifliche Ausschluß der gesetzlichen WahlO. nicht die vermutlich von den Tarifparteien beabsichtigte Folge einer schwächeren Nachprüfung der Delegiertenwahl auf den, wie das RArbG. zutreffend hervorhebt, rasch wechselnden Baustellen haben, sondern (nach dem RArbG.) anscheinend umgekehrt dahin führen soll, daß eine Wahl, die gesetzlich mangels wesentlicher Verstöße und mangels Fristinnehaltung nicht mehr angreifbar ist, hier nach wie vor angreifbar bleibt. M. E. ist gerade bei kurzer Amtsdauer die Nichtnachprüfbarkeit weit erträglicher und erwünschter als bei längerem Amtsbestand; ist die Nachprüfbarkeit bei letzterem erschwert, so muß sie es in dem ersten Falle erst recht sein.

Indessen — und damit beginnt m. E. die Unklarheit der Gedankenfolge des RArbG. — sowohl die ältere Entsch. v. 5. Nov. 1930 als auch besonders die obige, die beide einleitend prüfen, welche Bedeutung die unterlassene fristgemäße Anfechtung habe, und dann zu dem im vorstehenden Absatz enthaltenen Ergebnis kommen, lassen bei der nachher vorgenommenen Nachprüfung des Amtserwerbs nicht deutlich erkennen, ob sie, wie man (angesichts der gegen den Kl. gerichteten Ausführungen) erwarten müßte, die Wahl schon wegen eines Mangels für unwirksam halten, der bei der gesetzlichen Vertretung nur zur befristeten Anfechtung berechtigen würde, oder nur wegen eines Mangels, der auch bei der gesetzlichen Vertretung außerhalb der Anfechtung zur unbefristeten Annahme der Nichtwahl führen würde (über den Unterschied von anfechtbarer und Nichtwahl, der hier nicht näher dargelegt werden kann, vgl. Flatow—Kahn-Freund, Komm. z. BetrRG. vor § 1 VI 2 B S. 46). Die obige Entsch. insbes. führt im viertletzten Abs. der Gründe aus, daß „in diesem Bereich" (des Baudelegiertenrechts) naturgemäß nur schwere Verstöße gegen die Grundanforderungen einer Wahl zur Annahme der Nichtigkeit führen können, Verstöße, die auch im Gebiet der gesetzlichen Regelung den Zweifel nahelegen könnten, ob nicht die Wahl schlechthin unwirksam sei. In Verb. m. dem vorangehenden Satz der Gründe scheint es fast, als wolle das RArbG. sogar „bei der losen Ordnung" des Baudelegiertenrechtes dort eher mildere Anforderungen an die „schlechthin nichtige Wahl" stellen. Ist das aber der Fall, sollen also bloß „wesentliche Verstöße" i. S. der §§ 19 ff. WahlO. noch nicht zur Unwirksamerklärung der Baudelegiertenwahl führen, so ist die ganze vorhergehende Erörterung in den beiden Entsch. über die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der §§ 19 ff. WahlO. auf die Baudelegierten unverständlich und überflüssig; dann

in § 8 Ziff. 10 auf das Ges. — Hinsichtlich der WahlO. ist aber schon in dem Urt. v. 5. Nov. 1930 betont, daß sie durchaus auf die Eigenart der gesetzl. Betriebsvertretungen zugeschnitten ist. Jede ihrer Arten (Betriebs- und Gruppenrat, Gesamtbetriebsrat, Betriebsausschuß und Obmann) findet in je einem der vier Abschnitte gesonderte und jeweils der Eigenart angepaßte Berücksichtigung. Der tarifvertragl. Ordnung sind in § 62 BetrRG. keine Schranken gesetzt, weder wegen der Art der Vertretung noch hinsichtlich der Bestellung. Es liegt fern, daß die WahlO. solche unvorhersehbaren Gestaltungen umfassen sollte. Gerade für das Recht der Baudelegierten ist zu beachten, daß die Bestellung nicht nur durch Wahl, sondern auch im Weg der Bestimmung durch die Verbände erfolgen kann. Für diese Art der Ernennung kann eine WahlO. nicht wohl gelten. Die Rev. und auch Flatow a. a. O. fassen aber auch die Geltung der WahlO. als eines Ganzen für die Delegiertenwahl nicht ins Auge, insbes. nicht, daß auch die Vorschriften über die Vorbereitung und Vornahme der Wahl gelten. Nicht überzeugend ist die Unterscheidung, daß die Vorschriften zur Ordnung der Wahl selbst dem materiellen Wahlrecht, die Anfechtungsvorschrift aber dem Verfahrensrecht zugehöre (Flatow a. a. O.). Der einzig beachtl., von der Rev. herangezogene Gesichtspunkt zur Anwendung gerade der Vorschriften der §§ 19 ff. WahlO-BetrRG. ist der, daß sie wegen gleicher Lage wie in dem gesetzl. Fall entsprechend angewendet werden müßten.

Aber auch das ist nicht zuzugeben. Auch diese Vorschriften schließen sich eng an den Fall der gesetzl. Wahl an. Das ist für § 19 schon in dem früheren Urt. hervorgehoben. Die Unterscheidung vollends in § 20 zwischen wesentl. und unwesentl. Vorschriften über das Wahlverfahren hat für eine gänzlich formlose Wahl wie die der Baudelegierten keinen Sinn. Auch die Interessenlage zur Frage des Amtsbestandes ist, soweit das Betriebsinteresse in Frage kommt, bei den vielfach je nach dem Stand der Bauarbeit in der Zusammensetzung wechselnden Baudelegationen eine wesentlich andere als bei den auf ein Amtsjahr gewählten gesetzl. Betriebsvertretungen. Soweit aber auch in diesem Gebiet Belegschaftsinteressen eine baldige Klarstellung der Rechtslage fordern, ist mit dem früheren Urt. anzunehmen, daß mit der den Tarifparteien zugestandenen Ordnung der Wahl auch die Setzung von Ausschlußfristen zur Geltendmachung von Wahlmängeln grundsätzlich vereinbar ist. Ob allerdings solche Festsetzungen die Prüfung der Wahl in der Richtung hindern können, ob die Grunderfordernisse einer Wahl gewahrt sind, mag Bedenken unterliegen.

Diese Erwägung führt zu der weiteren, ob die in der Rspr. zu dem gesetzl. Betriebsräterecht entwickelte Unterscheidung zwischen der anfechtbaren und der schlechthin nichtigen Wahl bei einer so losen Ordnung wie der im Baudelegiertenrecht ihre Berechtigung behielte. In diesem Bereich werden naturgemäß nur schwere Verstöße gegen die Grundanforderungen einer Wahl zur Annahme der Nichtigkeit führen können, Verstöße, die auch im Gebiet der gesetzl. Regelung den Zweifel nahelegen könnten, ob nicht die Wahl schlechthin unwirksam sei.

Nach alledem hat der BerR. mit Recht angenommen, daß der Bekl. die Bemängelung der Wahl im Rechtsstreit offen stand.

Gleichartig mit der Lage des am 5. Nov. 1930 behandelten Falls besteht auch in diesem Falle der vorgekommene Fehler darin, daß nicht alle Personen der Belegschaft von der bevorstehenden Wahl Nachricht erhalten haben, so daß hier einer Minderheit von 5 unter 22, abgesehen von dem Ausfall ihrer Stimmen, auch keine Gelegenheit gegeben war, Vorschläge zu machen sowie durch Erhebung von Vorstellungen und Einwänden den Gang der Wahl zu beeinflussen. Das RArbG. hat schon in dem Urt. RArbG. 6, 322 anerkannt, daß in solcher Übergehung einer Minderheit ein zur Wahlvernichtung führender Mangel liegen kann, und hat zum Ausdruck gebracht, daß die Frage, ob die Ferngehaltenen den Ausgang der Wahl hätten beeinflussen können, wesentlich Sache tatsächl. Abwägung ist.

Von jenem Fall liegt der zu entscheidende insofern verschieden, als dort der fehlerhaft Gewählte noch am Tage der Wahl durch Entlassung aus dem Betrieb ausschied, während er hier noch Monate lang im Betrieb war und nach seiner Behauptung (im Schriftſ. v. 19. Mai 1930) auch Delegiertengeschäfte geführt hat. Das ArbG. hatte aus diesem Umstand zugunsten der Wahl den Schluß gezogen, daß schließlich die gesamte Belegschaft sich mit der Wahl einverstanden erklärt habe. Es ist zuzugeben, daß im Rahmen dieses Wahlverfahrens nicht auszuschließen wäre, daß der Mangel der Übergehung bei dem Wahlakt auf diese Weise geheilt werden kann. Das LArbG. ist aber zu der entgegengesetzten Feststellung gelangt. Nicht nur sei ein solches Einverständnis nicht anzunehmen, sondern es erhelle aus Äußerungen einiger Arbeiter nach der Wahl sogar das Gegenteil. Danach hat das LArbG. ohne Rechtsfehler keine Folgerungen zur Bestätigung der Wahl daraus gezogen, daß der Kl. nach seiner Behauptung das Amt tatsächlich ausgeübt hat. Das muß um so unbedenkl. gelten, als die Art der Bestellung für jeden Betriebsangehörigen Zweifel erregen mußte, ob denn überhaupt ein Wahlakt oder nicht vielleicht eine (einseitige) Bestimmung durch den Vertreter einer Organisation stattgefunden habe.

(RArbG., Urt. v. 4. Febr. 1931, RAG 419/30. — Dortmund.) [A.]

wären die Baudelegierten — anders als man nach dem Vorangegangenen, bes. der Bemerkung über die tariflichen Ausschlußfristen vermuten sollte und auch ich bei meiner Polemik gegen das RArbG. unterstellt habe (allerdings in Übereinstimmung mit dem mutmaßlichen Tarifwillen) — in Wahrheit stärker als die gesetzlichen Betriebsvertretungen gegen die Nachprüfung des Amtserwerbs geschützt. Es handelte sich dann nur um die im Einzelfalle selbstverständlich oft zweifelhafte Beurteilung der Schwere der „Verstöße gegen die Grundanforderungen einer Wahl“. In beiden Urt. hat eine kleine Minderheit von Arbeitnehmern an der Wahl nicht teilgenommen: im Urt. v. 5. Nov. 1930 haben 5—6 Maschinisten und Heizer von 50—60 Mann — unbenachrichtigt — nicht teilgenommen, die Teilnehmer haben einstimmig gewählt, im obigen Urt. haben von 22 Arbeitnehmern 5 — unbenachrichtigt — gefehlt, die übrigen 17 einstimmig gewählt. Ich möchte annehmen, wie anscheinend auch das RArbG., daß trotz der an sich geringen Zahl der fehlenden Arbeitnehmer schon die Tatsache der gewollten oder nicht gewollten Ausschaltung einer Minderheit bei einer an sich so formlosen Wahl wie der Delegiertenwahl zur Annahme der Nichtwahl ausreicht, weil unter allen Umständen alle Wahlberechtigten die Gelegenheit zur Einflußnahme auf die Wahl haben müssen (vgl. für die ähnliche Betriebsobmannswahl Flatow—Kahn-Freund § 34 WahlO. Anm. 2a).

Hoffentlich hat das RArbG. bald einmal Gelegenheit, zu der Frage deutlich Stellung zu nehmen, was für einen Mangel i. S. des gesetzlichen Betriebsräterechts — „wesentlichen Verstoß“ oder Nichtwahl — es in solchen Fällen für vorliegend erachtet. Für die Baudelegiertenwahlen besteht zur Zeit eine bedauerliche Rechtsunsicherheit bez. der Grenzen der Nachprüfbarkeit und der Bedeutung des tariflichen Ausschlusses der WahlO.

MinR. Dr. Flatow, Berlin.

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

Berichtet von Reichsfinanzrat Dr. Boethke, Reichsfinanzrat Arlt und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

[> Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

1. §§ 222, 224 RAbgO. 1931 (§§ 212 Abs. 3, 213 RAbgO. a. F.)

a) Die Feststellung einer materiellen Unrichtigkeit der Steuerfestsetzung der Steuerbehörde bei der Nachprüfung durch die Aufsichtsbehörde stellt sich auch dann als Aufdeckung eines Fehlers dar, wenn sich die Steuerbehörde schon vorher der Unrichtigkeit ihrer Steuerfestsetzung bewußt geworden war.

b) Die Anwendung des § 212 Abs. 3 RAbgO. a. F. wird nicht durch eine Rechtsmittelentscheidung ausgeschlossen, die nicht über das Bestehen des Steueranspruchs selbst, sondern nur über die formelle Zulässigkeit der Neuveranlagung wegen des Anspruchs entschieden hat. †)

Durch Steuerbescheid v. 6. Okt. 1924 hat das FinA. die beschwerdeführende AktG. zu 42016 *RM* einfacher und 110686,60 *RM* erhöhter Obligationensteuer, zusammen 152702,60 *RM*, rechtskräftig veranlagt. Mit geändertem Steuerbescheid v. 13. Aug. 1926 hat es die Steuer auf Grund der schon bei dem früheren Steuerbescheid aus

Zu 1. Mit diesem Urteil ist der Kreis grundsätzlicher Entscheidungen geschlossen, der sich auf die Zulässigkeit von Neuveranlagungen gegenüber rechtskräftigen Steuerbescheiden oder Rechtsmittelentscheidungen bezieht. Er führt von dem Urt. v. 25. März 1927 (RFH. 21, 85) über das v. 20. Mai 1931 (JW. 1931, 3587) zu dem vorliegenden Erkenntnis. Die leitenden Grundsätze, denen zuzustimmen ist, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Die Rechtskraft von Rechtsmittelentscheidungen ist keine unbedingte; Neuveranlagung ist trotz Rechtskraft grundsätzlich zulässig. Wenn § 76 Abs. 3 RAbgO. (§ 94 Abs. 4 RAbgO. 1931) verbietet, daß bekanntgegebene Rechtsmittelentscheidungen abgeändert oder zurückgenommen werden, so hat dies nicht seinen Grund darin, daß abgeschlossene Steuerfälle nicht wieder aufgerollt werden sollen. Denn sonst wäre nicht einzusehen, weshalb die Zurücknahme von Einspruchsentscheidungen und Steuerbescheiden trotz eingetretener Rechtskraft zulässig wäre. Der wahre Grund ist vielmehr darin zu finden, daß eine Kontrolle der richterlichen Tätigkeit durch die Verwaltungsorgane verhindert werden soll. Da das Gesetz aber nur die Tätigkeit der Mitglieder des RFH. und der FinGer. als richterliche ansieht (§§ 14 Abs. 4, 36 Abs. 1 RAbgO. a. F.; §§ 48 Abs. 3,

den Akten ersichtlichen Tatsache, daß ein Mehraufwand für die Tilgung von Schuldverschreibungen einer Emission in Gegenrechnung gegen einen geringeren Tilgungsaufwand bei anderen Emissionen gestellt war, anderweit auf 204 907,75 *RM* festgesetzt und den Mehrbetrag von 52 205,15 *RM* nachgefordert. Hiergegen hat die BeschwF. in einem Schreiben v. 15. Okt. 1926 wegen Rechtskraft des ersten Steuerbescheides Einwendungen erhoben, da die Nachforderung nicht auf neuen Tatsachen, sondern lediglich auf einer durch eine Entsch. des RFH. v. 18. Dez. 1925, II A 639/25, veranlaßten veränderten rechtlichen Beurteilung beruhe.

Dies Schreiben v. 15. Okt. 1926 hat das FinA. in seinem Schreiben v. 4. Nov. 1926 als Einspruch anerkannt, Nachsicht wegen Versäumung der Rechtsmittelfrist erteilt und gleichzeitig seine Absicht, den hiernach noch nicht rechtskräftigen geänderten Obligationensteuerbescheid zurückzunehmen, mit der Aufforderung kundgetan, daß die BeschwF. ihr Einverständnis hiermit ausspreche und den Einspruch v. 15. Okt. 1926 zurücknehme. Beides hat die BeschwF. mit Schreiben v. 6. Nov. 1926 getan. Darauf hat das FinA. den Steuerbescheid v. 15. Okt. 1926 durch Schreiben an die BeschwF. v. 18. Nov. zurückgenommen.

Infolge einer Nachprüfung des Obligationensteuerfalles durch das LFinA. hat das FinA. mit Bescheid v. 30. Dez. 1929 erneut, und zwar 53 963,40 *RM*, darunter die früher angeforderten 52 205,15 *RM*, Obligationensteuer nachgefordert. Einspruch und Berufung blieben erfolglos. Mit der RBeschw. begehrt die BeschwF. Freistellung von der Nachforderung, und zwar will sie lediglich die Frage zur Entsch. gestellt wissen, ob die Zurücknahme des abgeänderten Obligationensteuerbescheides v. 13. Aug. 1926 eine rechtskräftige Rechtsmittelentscheidung darstellt, und ob nach Lage des Falles § 212 Abs. 3 RAbgO. n. F. anwendbar ist.

Daß die BeschwF. in der Zurücknahme des abgeänderten Steuerbescheides eine Rechtsmittelentscheidung gesehen wissen will, ist durch das Urt. v. 25. März 1927, II A 66/27 (RFH. 21, 85) veranlaßt, wonach durch eine rechtskräftige Rechtsmittelentscheidung die Anwendung des § 212 Abs. 3 auf den gleichen Tatbestand, wie er Gegenstand der Entsch. gewesen ist, ausgeschlossen wird, wenn es sich nur um eine abweichende rechtliche Beurteilung handelt. Die BeschwF. nimmt außerdem Bezug auf eine im Urt. v. 1. April 1930, II A 689/29, getroffene Entsch. eines Falles, in dem die Steuerstelle in der BerInst. ihren Steuerbescheid aufgehoben und die StPfl. entgegen dem ergangenen Einspruchsbescheid freigestellt hatte. In diesem Falle hat der Sen. allerdings nach Lage der Sache angenommen, daß die Steuerstelle ihre frühere Einspruchsentscheidung durch eine andere freistellende Einspruchsentscheidung habe ersetzen wollen. Hier liegt der Fall indessen anders, da eine Einspruchsentscheidung überhaupt noch nicht ergangen war, und eine erstmalige Einspruchsentscheidung in der Rücknahme des Obligationensteuerbescheides schon aus dem Grunde nicht gesehen werden kann, weil auch die BeschwF. ihren Einspruch ausdrücklich zurückgenommen und erst hiernach das FinA. seinen Obligationensteuerbescheid aufgehoben hat.

Hinsichtlich der neuerlich nachgeforderten 1666 + 92,25 *RM*, zusammen 1758,25 *RM* ist die RBeschw. auch im übrigen offenbar unbegründet. Wie der Sen. im Urt. v. 18. Dez. 1925, II A 639/25 (Kartei Mrozek § 212 Abs. 3 R. 6), ausgesprochen hat, gehört die Obligationensteuer nicht zu den im § 212 Abs. 3 RAbgO. bezeichneten Ausnahmen. Das LFinA. war daher innerhalb der Verjährungsfrist in der Lage, die bei der Nachprüfung des Steuerfalls aufgedeckten Fehler in der Steuerberechnung der Steuerstelle zum Gegenstand einer Neuveranlagung zu machen. Die Steuerforderung an sich ist unbestritten.

Zu fragen bleibt aber, ob § 212 Abs. 3 das LFinA. auch berechtigte, die bereits vom FinA. erhobene, dann aber wieder fallen gelassene Steuerforderung von 52 205,15 *RM* nochmals aufnehmen zu lassen. Das wäre der Fall, wenn das Ergebnis seiner Nachprüfung sich als die Aufdeckung eines Fehlers i. S. der bezeichneten Vorschr. darstellte, obwohl das FinA. und die StPfl. sich bereits vor dem Eingreifen des LFinA. der richtigen Sachlage vollkommen bewußt und über die *sachliche* Berechtigung der Nachforderung einig waren.

Die Vorschr. des § 212 Abs. 3 und des zugunsten des StPfl. getroffenen § 213 sind der Einrichtung entsprungen, daß, wie planmäßig bei den Zöllen und Verbrauchsteuern, so auch bei Steuern der in § 212 Abs. 2 bezeichneten Art, zu denen nach dem Urt. des Großen Sen. v. 8. Mai 1926 (RFH. 19, 68) auch die Obligationensteuer gehört, die Steuererhebung der Steuerstellen allgemein oder im einzelnen von der Aufsichtsbehörde nochmals geprüft wird. Das Ziel dieser Nachprüfung: im Interesse des Steueraufkommens und der Gleichmäßigkeit der Gesetzesanwendung (§ 13 RAbgO. a. F., § 46 RAbgO. 1931) zuwenig erhobene Steuern nachzuerheben, zuviel erhobene Steuern zu erstatten, ist nur erreichbar, wenn das Eingreifen der Aufsichtsbehörde von dem formellen Verlauf des Steuererhebungsverfahrens bei der Steuerbehörde unabhängig und lediglich darauf gestellt ist, daß die Feststellung des Steuertatbestandes durch die Steuerbehörde unzureichend oder seine rechtliche Beurteilung durch die Steuerbehörde fehlerhaft war. Schon hieraus folgt, daß die formellen Schranken, die die Steuerbehörde hinderten, von sich aus eine unrichtige Steuererhebung zu korrigieren, nicht auch Schranken für die Revisionstätigkeit des LFinA. sind, daß sich mit andern Worten der StPfl. auf die Rechtskraft des Steuerbescheides nur der Steuerbehörde gegenüber, nicht dem LFinA. gegenüber berufen kann. Das ergibt sich auch klar aus der Fassung des § 212 Abs. 2, 3, § 213, wonach bei den in Abs. 2 bezeichneten Steuern die Rechtskraft des Steuerbescheides von der Steuerbehörde selbst *nur*, wenn neue Tatsachen und Beweismittel bekannt werden, von der Aufsichtsbehörde aber „ferner" ohne Rücksicht hierauf und allgemein durchbrochen werden kann und dieses ihr Recht überall ausgelöst wird, wo sie bei einer Nachprüfung Fehler aufdeckt, deren Berichtigung eine höhere oder niedrigere Veranlagung rechtfertigt. Daraus folgt einmal, daß unter Fehler nur die *materielle* Unrichtigkeit der Steuerveranlagung verstanden werden kann, anderseits die Feststellung des Fehlers als Ergebnis der Nachprüfung eine Aufdeckung auch dann darstellt, wenn sich die Steuerbehörde schon vorher der Unrichtigkeit ihrer Steuerfestsetzung bewußt geworden ist. Dem entspricht es auch, wenn der Senat ausgesprochen hat, daß es für die Anwendbarkeit des § 212 Abs. 3 nicht darauf ankomme, auf welche Weise das LFinA. Kenntnis von dem vorgekommenen Fehler erlangt habe, und daß insbes. das FinA. selbst in der Lage sei, die Aufsichtsbehörde auf vorgekommene Fehler aufmerksam zu machen und auf diese Weise deren Nachprüfung zu veranlassen (RFH. 19, 328).

Allerdings hat der erk. Sen. das Recht des LFinA., auf Grund seiner Nachprüfung Neuveranlagungen anzuordnen, für den Fall als ausgeschlossen angesehen, daß über den gleichen Tatbestand schon eine rechtskräftige Rechtsmittelentscheidung vorliegt und es sich gegenüber der ursprünglichen Steuerfestsetzung nur um eine abweichende Beurteilung handelt (RFH. 21, 85). Es ist dies damit begründet, daß die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs eine richterliche Kontrolle der Verwaltung bezwecke, und daß daher, wenn eine

---

56 Abs. 1 RAbgO. 1931), müssen die Bescheide und Entscheidungen der FinA. dem Zweck des Gesetzes entsprechend von der „Immunität" ausgenommen werden. Bemerkenswert ist aber, daß dies i. S. des Urt. v. 17. Juni 1930 (StW. 1930 Nr. 1310) nur insofern gilt, als mit Zustimmung des Steuerpflichtigen eine Einspruchsentscheidung geändert werden kann; eine Neuveranlagung auf Grund der vom LFinA. ausgeübten Aufsichtstätigkeit ist auch dem Einspruchsbescheid gegenüber nicht mehr zulässig.

2. In einem gewissen rechtspolitischen Zusammenhang damit steht die Frage, in welcher Richtung die Rechtskraft einer Rechtsmittelentscheidung Wirkungen äußert. Der RFH. bezieht diese Wirkung nicht auf den gesamten Steuerfall, der eine Steuer zur Entstehung gebracht hat, sondern lediglich auf den Ausschnitt aus diesem Fall, der den Rechtsmittelbehörden zur Entscheidung vorgelegen hat. Dies rechtfertigt er trotz der dem FinA. obliegenden Pflicht zu umfassender Sachaufklärung mit praktischen Erwägungen, die im wesentlichen darauf hinauslaufen, daß die Steuerbehörde den Pflichtigen mit ihrer Ermittlungsarbeit nicht über Gebühr belästigen darf. Infolgedessen kann rechtskräftig festgestellt werden immer nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines durch die pflichtmäßigen Erhebungen der Finanzbehörden ermittelten Steueranspruchs. Da hierbei die rechtliche Beurteilung des Tatbestandes von grundlegender Bedeutung ist, versteht es sich von selbst, daß im Wege einer Neuveranlagung die rechtlichen Erwägungen, die zu der Rechtsmittelentscheidung geführt haben, nicht umgestoßen werden dürfen. Dem steht die Rechtskraft entgegen. Indessen ist auch hier eine Neuveranlagung auf Grund abweichender rechtlicher Beurteilung gestattet, wenn diese durch das Auftauchen neuer Tatsachen veranlaßt ist (StW. 1931 Nr. 767).

3. Rechtsmittelentscheidung und rechtskräftiger Abschluß des Verfahrens sind zwei verschiedene Dinge. Die Rechtskraft kann — unter den oben geschilderten Voraussetzungen — einer Neuveranlagung nur dann im Wege sein, wenn sie durch eine Rechtsmittelentscheidung herbeigeführt worden ist. Bloße Zurücknahme von Rechtsmitteln hat diese Wirkung nicht (vgl. auch RFH. 28, 73, wo aber m. E. zu wenig berücksichtigt wird, daß die Rechtsmittelzurücknahme eine Rechtsmittelentscheidung rechtskräftig werden lassen kann, z. B. die Zurücknahme der Berufung oder Rechtsbeschwerde). Da ferner die Rechtskraft nach dem Zweck des Gesetzes (Verhinderung der verwaltungsmäßigen Kontrolle des Steuerrichters) nur dann eine Neuveranlagung verbietet, wenn über den streitigen Steueranspruch *materiell* entschieden worden ist, haben in diesem Zusammenhang alle Rechtsmittelentscheidungen als bedeutungslos auszuscheiden, die lediglich *formelle* Fragen zum Gegenstand haben.

Schließlich ist noch zu bemerken, daß auf Grund der bisherigen Rspr. wohl der einzige systematische Unterschied, der zwischen § 212 Abs. 2 und 3 RAbgO. (§ 222 Abs. 1 Ziff. 1 und 3 RAbgO. 1931) besteht, darin zu suchen ist, daß die Neuveranlagung infolge dienstaufsichtlicher Weisung auch auf Grund von Tatsachen zulässig ist, die dem FinA. bei der ursprünglichen Veranlagung bereits bekannt waren, wenn nur deren Nichtberücksichtigung durch das FinA. ein „Fehler" war. Daß Fehler auch bewußt gemacht werden können, stellt das vorliegende Urt. mit Recht fest.

RA. Prof. Dr. Rheinstrom, München.

richterliche Entscheidung vorliege, deren Ergebnis auch für die Verwaltung feststehen müsse. Da sich nun, wie hervorgehoben, die Aufdeckung von Fehlern immer nur auf den **materiellen** Anspruch beziehen kann, so kann auch das bezeichnete Urteil nur auf Rechtsmittelentscheidungen haben abzielen wollen, die über den Steueranspruch materiell entschieden haben. Die BeschwF. geht daher fehl, wenn sie sich auf jene Entscheidung deshalb beruft, weil, wenn sie ihren Einspruch im Rechtsmittelverfahren weiter verfochten hätte, sie hätte freigestellt werden müssen. Denn die Freistellung wäre nur um deswillen erfolgt, weil die Steuerbehörde nach § 212 Abs. 2 nicht in der Lage gewesen war, allein wegen veränderter rechtlicher Beurteilung eine Neuveranlagung herbeizuführen.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 6. Okt. 1931, II A 287/31.)

II. Länder.

Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preußisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräs. Geh. RegR. **von Kries** u. RA. Dr. **Görres**, Berlin.

1. **PrPolVerwG. v. 1. Juni 1931. Die Verfahrensvorschriften des PolVerwG. finden sofort auch auf die beim Inkrafttreten des Ges. am 1. Okt. 1931 schwebenden Rechtsmittelverfahren Anwendung. Für die materiellrechtlichen Vorschriften des PolVerwG. gilt der allgemeine Grundsatz von der Nicht-Rückwirkung der Gesetze.**[1])

Die Zuständigkeit des OVG. als RevG. erleidet keine Einbuße dadurch, daß inzwischen im Laufe des Verfahrens, und zwar am 1. Okt. 1931, das PolVerwG. v. 1. Juni 1931 (GS. 77) in Kraft getreten ist. Zwar finden dessen Verfahrensvorschr. gemäß einem allgemeinen, vom OVG. anerkannten Grundsatze sofort vom Tage des Inkrafttretens ab auch auf schwebende Verfahren Anwendung (Urt. v. 27. Jan. 1931: R.- u. PrVerwBl. 52, 793). Diese Regelung nötigt aber nicht dazu, das nach dem PolVerwG. zu beobachtende Verfahren ohne Rücksicht auf das nach den bisherigen Vorschr. bereits abgewickelte Verfahren nunmehr von vorn beginnen zu lassen. Vielmehr entspricht es dem auf Vereinfachung abzielenden Willen des Ges., wenn hinsichtlich der Behandlung der am 1. Okt. anhängigen Sachen von folgenden Gesichtspunkten ausgegangen wird:

Die vor dem 1. Okt. 1931 von den damals zuständigen Behörden getroffenen Rechtsmittelentsch. bleiben als instanzenmäßige Entsch. bestehen. Die Zuständigkeit der in den **weiteren** Instanzen zur Entsch. berufenen Rechtsmittelbehörden und das Verfahren vor diesen richtet sich nach den Verfahrensvorschr. des PolVerwG., welches, wie schon das bisherige Recht, in der Regel drei Rechtsmittelinstanzen vorsieht.

Die Rechtsmittel, welche bei den nach altem Rechte zuständigen Behörden rechtsgültig erhoben sind, gelten mit dem Inkrafttreten des PolVerwG. als bei den nach diesem Ges. zuständigen Behörden rechtsgültig eingelegt; insbes. gilt dies auch hinsichtlich der Wahrung der Rechtsmittelfrist.

Hiernach ist im vorl. Falle das OVG., welches vor dem 1. Okt. 1931 nach vorangegangenen Entsch. des KrAussch. und des BezAussch. als RevG. angerufen war, als solches auch nach den Vorschr. des PolVerwG. zuständig. Denn gem. §§ 45 ff., 51 PolVerwG. entscheidet in der Regel nach vorheriger Beschw. mit nachfolgender Klage in dritter Instanz das mit der Rev. angerufene OVG. Die vor dem 1. Okt. 1931 rechtsgültig, insbes. fristgemäß, erfolgte Einlegung der Rev. gilt nach obigen Grundsätzen auch für das nunmehr nach den Vorschr. des PolVerwG. sich anschließende Verfahren.

Bezüglich des anzuwendenden **materiellen** Rechtes gilt regelmäßig der Grundsatz, daß ein neues Gesetz keine rückwirkende Kraft besitzt, soweit es nicht einen dahingehenden Willen ausdrücklich kundgibt oder aus seinem offenbaren Sinne und Zwecke erkennen läßt (**Jellinek**, VerwR., 3. Aufl., S. 142, 143; **Fleiner**, Institutionen, 8. Aufl., S. 88; PrVerwBl. 45, 434, 435). Da letzteres bei dem PolVerwG. v. 1. Juni 1931 nicht zutrifft und die angegriffene polizeil. Vfg. v. 27. Dez. 1929 datiert, muß der damals geltende Rechtszustand im vorl. Verfahren zugrunde gelegt werden. Denn polizeiliche Vfg. sind nach feststehender Rspr. des Gerichtshofs regelmäßig nach dem Zeitpunkt ihres Erlasses (Zustellung) zu beurteilen.

(PrOVG., 3. Sen., Urt. v. 15. Okt. 1931, III C 35/31.)

D. Ausländische Gerichte.

Litauen.

Obertribunal Kaunas.

1. **Eine in Litauen begangene Straftat gilt im Memelgebiet nicht als im Ausland begangene Straftat, obgleich im Memelgebiet das deutsche StGB. gilt.** †)

Es bestehen Bedenken, ob die StrK. die MemelgebietsVO. v. 14. April 1920 zu Recht angewandt hat, da der Diebstahl an der Kuh nicht im Memelgebiet, sondern in Litauen **außerhalb** des Memelgebiets verübt worden ist. Die Anwendung der obengenannten VO. **wäre** gemäß § 4 Ziff. 3 StGB. mit Recht erfolgt, wenn in § 8 daselbst das Wort „Deutsches Reich“ in „Memelgebiet“ umzudeuten wäre. Das Obertribunal ist jedoch zu der Ansicht gelangt, daß das Wort „Deutsches Reich“ in § 8 a. a. O. in „Litauen“ umzudeuten ist. Denn infolge der staatsrechtlichen Vereinigung des Memelgebiets mit Litauen gilt auch der nicht zu dem Memelgebiet gehörende Gebietsteil des litauischen Staates für das Memelgebiet grundsätzlich als Inland. Dies schließt freilich nicht aus, daß bei der Anwendung des überkommenen deutschen Rechtes dann der Inlandsbegriff sich auf das Memelgebiet beschränkt, wenn es sich um Rechtsbeziehungen handelt, bei denen sich aus der Natur der Sache ergibt, daß als Inland nur das Geltungsgebiet bestimmter Rechtssätze anzusehen ist. Eine solche Ausnahme kann jedoch im vorliegenden Falle nicht angenommen werden. Zwar bildet die von der StrK. zur Anwendung gebrachte VO. v. 14. April 1920 einen Teil des autonomen Strafrechts, für das die allgemeinen Bestimmungen des StGB. gelten. Dieses Strafrecht ist in seinem räumlichen Geltungsbereich auf das Memelgebiet beschränkt. Hieraus allein folgt jedoch nicht, daß das übrige Litauen als Ausland bei der Anwendung des Strafrechts anzusehen wäre. Denn es wäre an sich nichts Besonderes, daß in einem Staate zwei verschiedene Strafgesetze mit räumlicher Abgrenzung ihres Geltungsbereiches bestünden. Wollte man das nicht zum Memelgebiet gehörende Litauen als Ausland ansehen, so würde das zur Folge haben, daß gemäß § 4 StGB. Verbrechen und Vergehen, die dort begangen sind, im Memelgebiet gebiet überhaupt nicht verfolgt zu werden brauchten, ja von Ausnahmefällen abgesehen auch nicht einmal verfolgt werden könnten, daß ferner dort begangene Übertretungen nach § 6 a. a. O. nur dann

---

Zu 1. Der im Memelgebiet abgeurteilte Angekl. hatte im nichtmemelländischen Litauen einen Diebstahl begangen. Es fragt sich, ob das memelländische Gericht litauisches oder memelländisches Recht anzuwenden hatte, genauer, ob die Tat nach dem litauischen StGB. oder nach dem deutschen StGB. zu beurteilen war. Auch nach der Einverleibung in Litauen ist nämlich das deutsche StGB. im Memelgebiet — und zwar ohne ausdrückliche Einschränkung — in Kraft geblieben.

Es liegt nahe, die Entsch. den §§ 3 ff. StGB. zu entnehmen, die den räumlichen Geltungsbereich des inländischen Rechts bestimmen. In diesen Vorschriften wird unterschieden zwischen im Inland und im Ausland begangenen Straftaten. Dabei läßt die Fassung des § 3 einerseits, des § 8 StGB. andererseits erkennen, daß (dem Sprachgebrauch entsprechend) Inland und Ausland sich begrifflich ausschließen und ergänzen, daß nämlich Inland Nichtausland ist und umgekehrt. Als Inland aber kennzeichnet das StGB. in diesen Bestimmungen das Gebiet des Deutschen Reiches.

Will man diese Regeln auf Fälle wie den vorliegenden anwenden, so erhebt sich also die Frage, ob bei entsprechender Anwendung des deutschen StGB. im Memelgebiet die Worte „Deutsches Reich“ in „Memelgebiet“ oder „Litauen“ umzudeuten ist. Beides führt aber zu unbefriedigenden Ergebnissen:

1. Liest man statt „Deutsches Reich“ „Litauen“, so würde das bedeuten, daß das deutsche StGB. auf alle irgendwo in Litauen begangenen Straftaten anzuwenden wäre (§ 3), sofern nur memelländische Gerichte entscheiden. Aber das war offenbar nicht der Sinn der Bestimmungen, die eine Weitergeltung des deutschen StGB. im Memelland vorschrieben.

2. Praktisch ebensowenig befriedigt die entgegengesetzte, auch vom ObTrib. abgelehnte Entsch., die Umdeutung der Worte „Deutsches Reich“ in „Memelland“. Es ergeben sich dann nämlich bei entsprechender Anwendung der §§ 4 ff. StGB. Unzuträglichkeiten, auf die im Urteil mit Recht hingewiesen wird. Diesen Ergebnissen entginge man auch dann nicht, wenn man das Inland als Geltungsbereich des einheimischen Rechts bestimmte (eine Bestimmung, die übrigens für das deutsche Recht gerade an der Weitergeltung des deutschen StGB. im Memelgebiet und in einigen, vormals deutschen Gebietsteilen Polens scheitert; richtig daher die Einschränkung bei v. **Liszt-Schmidt**, 25. Aufl., S. 126 Anm. 2). Denn der Geltungsbereich des deutschen StGB. ist zweifellos nicht ganz Litauen. Diese Unzuträglichkeiten würden noch dadurch verschärft, daß bei Umdeutung der Worte „Deutsches Reich“ in „Memelland“ Memelländer, die in Litauen Straftaten begangen haben, nach § 9 StGB. nicht ausgeliefert werden dürften. Denn „ausländische Regierung“ i. S. dieser Bestimmung wäre dann auch die litauische Regierung, so daß in der Tat viele Straftaten gänzlich straflos blieben.

Gesetze sind aber möglichst so auszulegen, daß sie einen vernünftigen Sinn ergeben, auch Strafgesetze in den Grenzen, die durch den Grundsatz nulla poena sine lege gezogen sind. Im vorliegenden Falle bedarf nun die Weitergeltung des deutschen StGB. im Memelgebiet einer Einschränkung, wie das ObTrib. sie ja auch vornehmen

---

[1]) Vgl. KG. v. 22. Okt. 1931, 4 V 266/31 oben S. 427.

zu bestrafen wären, wenn dies durch besondere Gesetze oder Verträge angeordnet wäre. Derartige Konsequenzen wären aber mit der auf enge Wechselwirkungen abgestellten staatlichen Struktur des Memelgebiets als eines Teiles des litauischen Staates nicht in Einklang zu bringen. Hiernach bleibt nur die Auffassung, daß das litauische Strafrecht auch für das Memelgebiet inländisches, wenngleich auch in einem andern Gebietsteil des Inlandes geltendes Strafrecht ist und umgekehrt. Mithin ist für eine in Gr. Litauen begangene Straftat das am Ort der Tat geltende materielle Strafrecht (lex loci) als Inlandsstrafrecht anzuwenden, auch wenn die Aburteilung im Memelgebiet und somit an einem Ort erfolgt, an dem die hiernach maßgebende Norm nicht Ortsrecht ist. Im vorliegenden Falle kommt also eine Straftat, die im Auslande begangen wäre, nicht in Frage. Die Folge davon ist, daß nicht nur hinsichtlich der Strafbarkeit des Kuhdiebstahls als solcher, sondern auch hinsichtlich des Strafmaßes die Strafgesetze des Ortes zu berücksichtigen sind, an dem die Tat begangen worden ist; d. h. hier der litauische Baudziamasis Statutas. Dieser kennt nun eine Mindeststrafe von zwei Jahren Gefängnis für den Diebstahl an einer Kuh nicht (vgl. §§ 581 ff. a. a. O.).

(ObTrib. Kaunas, Urt. v. 26. Febr. 1931, S 1/31.)

Mitgeteilt von Obertribunalsrichter Plümicke, Memel.

will. Die Notwendigkeit dieser Einschränkung folgt in der Tat aus dem staatsrechtlichen Verhältnis zwischen Litauen und dem Memelgebiet. Die maßgebenden Vorschriften darüber enthält das Übereinkommen zwischen den alliierten und assoziierten Hauptmächten und Litauen v. 8. Mai 1924 und das Memelstatut vom gleichen Datum. Danach steht das Memelland unter litauischer Souveränität, stellt jedoch innerhalb des litauischen Staatsverbandes einen autonomen Verband mit eigener Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit, Verwaltung und eigenen Finanzen dar (Art. 1 des Statuts = Art. 2 des Übereink.: „Le Territoire de Memel constituera, sous la souveraineté de la Lithuanie, une unité organisée . . . jouissant de l'autonomie législative, judiciaire, administrative et financière dans les limites prévues par le présent Statut"). Somit ist das Verhältnis zwischen Litauen und Memel nicht ein völkerrechtliches Verhältnis selbständiger Staaten, sondern das staatsrechtliche Verhältnis eines übergeordneten zum untergeordneten Verbande. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die memelländische Autonomie das Recht der eigenen Gesetzgebung (Art. 5 Ziff. 9 des Statuts) und Rechtspflege (Art. 5 Ziff. 11 des Statuts) umfaßt, daß es neben der litauischen eine besondere memelländische Staatsangehörigkeit gibt (Art. 8 des Übereink.) usw. Dabei handelt es sich nur um Äußerungen der allerdings weitgehenden und völkerrechtlich gesicherten Autonomie, die aber nichts daran ändert, daß das Memelland einen Teil von Litauen darstellt.

Ist das aber richtig, so bedarf das Gesetz, das die Weitergeltung des deutschen StGB. im Memelland bestimmt, der Einschränkungen, die sich aus dem öffentlich-rechtlichen Verhältnis des Memelgebiets zu Litauen ergeben. Das Gesetz kann vernünftigerweise nicht die vom ObTrib. mit Recht abgelehnten Folgerungen gewollt haben. Es hat nur die memelländische Autonomie auf dem Gebiet des Strafrechts im Rahmen der durch das Memelstatut gezogenen Grenzen bestimmen, nicht aber darüber hinaus auf dem Sondergebiet des Strafrechts zwischen dem Memelland und Litauen ein Verhältnis wie das zwischen gleichberechtigten fremden Staaten festlegen wollen. Somit dürften die Bestimmungen der §§ 3 ff. StGB. nur im Verhältnis zwischen dem Memelland und anderen Staaten als Litauen gelten (wobei denn allerdings für „Deutsches Reich" „Memelland" zu lesen wäre), nicht aber im Verhältnis von Litauen und Memelgebiet zueinander. Die damit entstehende Lücke muß unter Abwägung der verschiedenen Interessen geschlossen werden, und da scheint denn allerdings die vom ObTrib. — in nicht immer ganz durchsichtigen Wendungen — bezeichnete Lösung richtig, daß nämlich sowohl die im Memelland wie die im übrigen Litauen begangenen Straftaten nach der lex loci zu beurteilen sind, mag der Täter Memelländer oder Litauer sein, mögen memelländische oder litauische Gerichte entscheiden. Diese Lösung — Entscheidung nach dem Territorialprinzip — entspricht der praktischen Vernunft, der geschichtlichen Entwicklung und den in modernen Kulturstaaten geltenden Grundsätzen, nach denen die örtliche Gesamtheit auf ihrem Gebiet die staatliche Ordnung zu sichern hat.

PrivDoz. Dr. Dahm, Heidelberg.

Berichtigungen.

Die JW. 1932, 29 f. abgedr. Besprechung des Buches „Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis" stammt von Herrn RA. Dr. Ludwig Bendix, Berlin (nicht Breslau). D. S.

Die JW. 1932, 269[15] abgedruckte Entsch. des RFH. ist am 29. April 1931 ergangen, nicht am 29. April 1930.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung der Fristen im Einstellungsverfahren nach §§ 5 ff. des 3. Teiles der RPräsVO. vom 8. Dezember 1931.

Von Ministerialrat Dr. Jonas, Berlin.

Achtung Fristsache — mit diesem Hinweis darf die DurchfVO. v. 30. Jan. 1932 (Reichsanz. Nr. 26 v. 1. Febr. 1932, RGBl. I Nr. 7) besonderer Beachtung empfohlen werden. Die Vorschriften des 3. Teiles der VO. v. 8. Dez. 1931, besonders die Übergangsbestimmungen, sind nicht überall so zur Kenntnis der Beteiligten gelangt, daß sie von den ihnen durch die VO. gewährten Befugnissen rechtzeitig Gebrauch gemacht haben. Die Notfristen der §§ 6, 22 Abs. 3 sind in der Anfangszeit vielfach versäumt worden. Wenn auch die Versäumnis zumeist als entschuldbar anzusehen ist, so wird doch die Unkenntnis der neuen Vorschriften nur in Ausnahmefällen als ein unabwendbarer Zufall i. S. des § 233 ZPO. anerkannt worden sein. Es wäre aber offensichtlich eine schwere Härte, wenn auf diese Weise einem nicht unbeträchtlichen Kreise von Schuldnern, die nach Sinn und Zweck der VO. begünstigt werden sollten, deren Vorteile vorenthalten blieben. Die DurchfVO. trägt dem dringenden Bedürfnis nach Abhilfe in der Weise Rechnung, daß sie für den Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung nach § 5 der VO. generell eine Nachfrist bis zum 29. Febr. 1932 in der Form einer erleichterten, an keine besonderen Voraussetzungen geknüpften Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen eine vorher abgelaufene Antragsfrist gewährt — und zwar sowohl für die Fälle, wo der Antrag nach § 6 bzw. § 22 Abs. 3 Satz 1 der VO. als einfacher Antrag bei dem Vollstreckungsgericht zu stellen war, wie für die, wo er nach § 22 Abs. 3 Satz 2 das. im Wege der Beschwerde gegen den bereits erteilten Zuschlag anzubringen war. Wenn aber dem Schuldner allgemein eine Nachfrist bis zum 29. Febr. 1932 eröffnet wird, so mußte die Möglichkeit des nachträglichen Einstellungsantrags auch für die Fälle gegeben werden, in denen nach Ablauf der Notfrist des § 6 bzw. § 22 Abs. 3 Satz 1 inzwischen der Versteigerungstermin stattgefunden hat und der Zuschlag erteilt ist. Hier ist entsprechend der in § 22 Abs. 3 Satz 2 getroffenen Regelung die Möglichkeit der Antragstellung im Wege der Beschwerde gegen den Zuschlag neu geschaffen, und zwar ebenfalls mit der erleichterten Wiedereinsetzungsmöglichkeit, wenn die Beschwerdefrist bei Inkrafttreten der DurchfVO. (dem 2. Februar) bereits verstrichen war. Im § 4 der DurchfVO. ist von der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Beschwerde gegen den Zuschlag allerdings eine wesentliche Ausnahme für den Fall gemacht, daß inzwischen auch schon die Verteilung des Erlöses stattgefunden hat: die nachträgliche Rückgängigmachung des Zuschlags nach erfolgter Kaufgelderbelegung wäre für den Ersteher eine nicht zu rechtfertigende Härte, sie wäre für ihn der Verlust der empfangenen Leistung ohne die Gewißheit, die eigene Leistung von den Empfängern zurückzuerhalten; in diesem Falle muß daher das Interesse des Erstehers vorgehen.

Für die Schriftleitung verantwortlich: Justizrat Dr. Dr. Julius Magnus, Berlin W 62, Maaßenstraße 27. (Fernsprecher: Lützow 6363)
Druck: Oscar Brandstetter in Leipzig.